



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

# **GARANTIA AUTÓNOMA: LIMITES DA AUTONOMIA E LIMITES DA AUTOMATICIDADE**

LIMITES À INVOCAÇÃO DO ABUSO DO DIREITO DE CRÉDITO DO BENEFICIÁRIO DA  
GARANTIA

Carla Relva Pinto

Mestrado em Direito e Gestão

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2021



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

## **GARANTIA AUTÓNOMA: LIMITES DA AUTONOMIA E LIMITES DA AUTOMATICIDADE**

LIMITES À INVOCAÇÃO DO ABUSO DO DIREITO DE CRÉDITO DO BENEFICIÁRIO DA  
GARANTIA

**Carla Relva Pinto**

*Sob a orientação de*

PROFESSORA DOUTORA MARIA DANIELA FARTO BAPTISTA PASSOS

Mestrado em Direito e Gestão

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2021

## RESUMO

Os limites dos créditos dos beneficiários das garantias autónomas têm sido campo fértil de produção doutrinal no último meio século, para além de ser em torno dos mesmos que se centra a maior parte da litigância relativa a contratos de garantia autónoma.

Pretendemos, nesta investigação, refletir sobre os limites da autonomia e da automaticidade das garantias autónomas, com particular destaque para o estudo dos limites á invocação do abuso do direito de crédito do beneficiário da garantia (debruçando-nos, com maior atenção, sobre a prova da falta de fundamento material da solicitação).

*Palavras-chave:* garantia autónoma, garantia bancária, abuso de direito, solicitação da garantia, limites da autonomia, limites da automaticidade, prova líquida

## ABSTRACT

The limits on the claims of the beneficiaries of autonomous guarantees have been a fertile field of doctrine over the last half century, and it is around these limits that most of the litigation regarding autonomous guarantee contracts is centered.

In this research, we intend to reflect critically on the limits of the autonomy and automaticity of autonomous guarantees, with particular emphasis on the study of the limits to the invocation of abuse of the beneficiary's right to credit (focusing, with greater attention, on the proof of the lack of material basis of the request).

*Key-words:* autonomous guarantee, bank guarantee, abuse of right, request of guarantee, limits of autonomy, limits of automaticity, net proof

# ÍNDICE

Lista de sigla e abreviaturas .....	1
Introdução.....	2
1. Noções Preliminares.....	6
2. A função da garantia autónoma .....	8
3. A estrutura da operação. Posições jurídicas resultantes do contrato de garantia autónoma .....	10
3.1. <i>Autonomia versus automaticidade</i> . Finalidade e consequências da aposição da cláusula <i>on first demand</i> ao contrato de garantia. ....	11
4. Execução da garantia autónoma: o princípio da inoponibilidade analisado .....	16
5. Limites da autonomia e limites da automaticidade: revisão literária e análise jurisprudencial .....	17
5.1. Doutrina maioritária.....	17
5.1. Análise jurisprudencial .....	19
6. Limites da autonomia e limites da automaticidade: posição adotada .....	21
6.1. Limites da autonomia.....	22
6.2. Limites da automaticidade .....	26
6.2.1. Limites á invocação do abuso do direito de crédito do beneficiário.....	28
6.2.1.1. Revisão literária e análise jurisprudencial .....	28
6.2.1.2. Posição adotada .....	33
Conclusão .....	40
Bibliografia.....	42

## LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Ac.	Acórdão
Art.(s)	Artigo(s)
CC	Código Civil
Cfr.	Conferir
CPC	Código do Processo Civil
DL	Decreto-Lei
N.º	Número
<i>Op. cit.</i>	<i>Opus citatum</i> (obra citada)
Proc.	Processo
p.(p)	Página(s)
ROA	Revista da Ordem dos Advogados
ss.	Seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TRL	Tribunal da Relação de Évora
TRP	Tribunal da Relação do Porto
V.	Veja-se
Vol.	Volume

## INTRODUÇÃO

Apesar de toda e qualquer divergência doutrinal que possa surgir no âmbito do estudo da garantia autónoma, ponto assente e não controvertido é que a garantia autónoma (também conhecida como garantia bancária<sup>1</sup>), prestada ao *beneficiário da garantia* (credor do contrato base) por uma entidade, comumente um banco, designada de *garante*, a pedido de um terceiro, designado de *dador da ordem de garantia* (devedor do contrato base) - conhece como característica essencial – como o próprio nome, aliás, indica – a autonomia da relação de garantia face à relação de base (existente entre credor beneficiário e devedor dador da ordem) e à relação de cobertura (existente entre garante e devedor dador da ordem).

O recurso a este tipo de garantia pessoal despertou na Alemanha do século XX (sendo o autor alemão RUDOLF STAMMLER considerado o pai da garantia autónoma, devendo-se a si a teorização<sup>2</sup> primeira do contrato de garantia autónoma). Contudo, ainda hoje, volvidas largas décadas desde o seu surgimento, se reconhece existirem razões<sup>3</sup> mais do que suficientes para entender a eleição da garantia autónoma como “um dos meios disponíveis mais adequados a assegurar ao credor a célere satisfação do seu interesse patrimonial”<sup>4</sup>: com o recurso à mesma, ultrapassa-se não só o lento funcionamento das garantias reais (que, normalmente, necessitam de execução judicial, implicando custos elevados de transação para o beneficiário) como também a relativa debilidade da fiança (uma vez que a acessoriedade é da essência da fiança, conforme resulta do disposto no artigo 627.º, n.º2 do Código Civil, sendo a obrigação do fiador acessória da do afiançado

---

<sup>1</sup> A garantia autónoma é, não raras vezes, apelidada de garantia bancária, apesar de os bancos prestarem tantas outras garantias como o aval cambiário ou a fiança bancária. Tal sucede uma vez que são, quase sempre, entidades bancárias a desempenhar o papel de garantes (provavelmente devido à solidez patrimonial e solvabilidade reconhecidas de forma universal aos bancos bem como ao menor custo que a garantia emitida por estes acarreta). Contudo, assiste-se também - embora com menos frequência - à prestação de garantias autónomas por sociedades de seguros. Sobre este ponto, *vide* PEDRO ROMANO MARTINEZ, “Garantias Bancárias” in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles, Vol. II, Direito Bancário, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 265-266 e MÓNICA JARDIM, *A Garantia Autónoma*, Almedina, Coimbra, 2002, p. 13, nota (1)

<sup>2</sup> RUDOLF STAMMLER fazia assentar esta teorização numa categoria geral de contratos de garantia e numa categoria especial de contratos autónomos, percebidos, nas palavras de GALVÃO TELLES, como “acordos tendentes a assegurar determinado resultado ou a assumir a responsabilidade pelo risco inerente a determinado empreendimento, sem ligação específica com certa obrigação cujo cumprimento se visasse assegurar” - cfr. GALVÃO TELLES, “Garantia Bancária Autónoma” in “O Direito”, 120/1988, T. III-IV (Jul-Dez), p. 281, nota (1).

<sup>3</sup> Para um estudo mais atento sobre estas razões, cfr. MÓNICA JARDIM, *op. cit.*, pp. 40-41.

<sup>4</sup> MIGUEL BRITO BASTOS, “A Recusa Lícita da Prestação pelo Garante na Garantia Autónoma “*on first demand*”” in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, Vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 525.

– obrigação principal -, com ela se achando numa relação de dependência). Superam-se, também, as limitações do aval - que, apesar de constituir uma obrigação autónoma, conhece limites, alguns próprios da sua natureza - e contorna-se a existência de elevados custos de oportunidade acarretados pela possibilidade alternativa de imobilização de dinheiro em depósito a favor do credor.

Todavia, apesar da maior proteção conferida ao beneficiário como consequência da autonomia desta garantia pessoal e conquanto esta última favoreça o tráfico jurídico, pela segurança que imprime aos direitos, correlativamente estará o garante numa posição mais frágil ao assumir riscos consideravelmente maiores quando comparados com os riscos suportados pelo fiador. O devedor da relação garantida (dador da ordem de garantia, por norma) encontrar-se-á, também ele, numa posição mais fragilizada dados os perigos de conduta abusiva do beneficiário da garantia, que poderá exigir indevidamente a soma objeto de garantia, facilitando o seu enriquecimento sem causa (o que poderá colocar em causa a operacionalidade da figura).

Estes riscos vêm-se aumentados com a – bastante frequente – estipulação de uma cláusula de pagamento *on first demand* ou à primeira solicitação, através da qual o direito à entrega da soma objeto de garantia se constitui na esfera jurídica do beneficiário ante a mera interpelação do garante, isto é, assim que o beneficiário interpela o garante, nasce na esfera jurídica deste último um – correlativo – dever de entregar as tais unidades monetárias (dispensando, esta cláusula, a indagação do estado da relação de base e afastando a necessidade de prova da verificação do caso material de garantia<sup>5</sup>). A garantia autónoma à primeira solicitação é, neste sentido, uma garantia “incondicional, absoluta e potestativa”, exigível ao garante ante a sua mera interpelação pelo beneficiário.

Tornar-se-ão, portanto, aspeto nevrálgico do nosso estudo da garantia autónoma os limites dos créditos dos beneficiários das garantias autónomas, sendo, aliás, em torno deste aspeto que se centra a maior parte da litigância relativa a contratos de garantia autónoma<sup>6</sup>. Procederemos, na estruturação desse estudo, à divisão entre limites da

---

<sup>5</sup> Assim, “caso a solicitação seja materialmente infundada, o garante mantém-se obrigado a entregar a soma objeto da garantia, não por força da obrigação de garantia mas sim pela sua vinculação ao cumprimento da obrigação decorrente da cláusula de pagamento à primeira solicitação” (CLÁUDIA TRINDADE, “*Limites da autonomia e da automaticidade da garantia autónoma: em especial a falta de fundamento material da solicitação*”, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José Lebre de Freitas, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p. 65)

<sup>6</sup> Como informa Miguel Brito Bastos, op. cit., p.526.

autonomia (limites do direito ao pagamento da soma objeto de garantia) e limites da automaticidade (limites do direito à entrega das unidades monetárias)<sup>7</sup>.

Embora seja a figura da garantia autónoma campo de produção doutrinal bastante fértil, persistem, ainda hoje, aspetos pouco claros. O texto que se segue procurará responder, ainda que de forma, por vezes, incompleta, a algumas questões (resultantes da pouca clareza dos tais aspetos), a saber:

Qual entendemos ser a função da garantia autónoma? Em que consiste o princípio da inoponibilidade no âmbito da execução das garantias autónomas? A proibição de invocação de exceções, fundada na autonomia privada das partes, é absoluta ou, em certas circunstâncias, justificar-se-á a consideração de alguma vicissitude das relações de base e de cobertura na paralisação do direito do beneficiário ao pagamento ou à entrega da soma objeto da garantia? Poderá o pagamento (ou entrega, no caso de uma garantia automática<sup>8</sup>) da soma objeto de garantia ser recusado ao beneficiário? Qual a fundamentação dos limites à invocação do abuso de direito, isto é, qual a natureza da evidência da falta de fundamento material da solicitação? Exigir-se-á, como aponta a maioria da doutrina, para que seja o abuso considerado “abuso evidente”, prova pronta e líquida? Será compatível essa exigência de prova pronta e líquida com o regime probatório geral?

Foram estas as principais questões que motivaram e guiaram a nossa investigação e será sobre as mesmas que refletiremos criticamente.

Para tal, dividiremos o nosso trabalho em várias partes. Depois de apresentadas algumas noções preliminares, avançaremos para considerações referentes: à função da garantia autónoma; à determinação das posições jurídicas resultantes do contrato de garantia autónoma; à distinção entre autonomia e automaticidade; à análise do princípio da inoponibilidade e suas consequências.

De seguida, tendo em conta a forma como a doutrina nacional tem encarado estas questões e o sentido no qual os tribunais as têm decidido, refletiremos e adotaremos posições sobre os limites da automaticidade, os limites da autonomia e os limites à invocação do abuso do direito de crédito do beneficiário da garantia (refletindo

---

<sup>7</sup> Distinção desenvolvida mais adiante na presente investigação.

<sup>8</sup> *Idem*

criticamente, sobretudo, sobre o caráter *evidente* do abuso e a exigência de *prova pronta e líquida* como restrição probatória).

## 1. NOÇÕES PRELIMINARES

A garantia autónoma assume-se como um instrumento jurídico-económico destituído de regime legal próprio, assim como acontece em muitos outros países<sup>9</sup>. Embora atípica, trata-se, a nosso ver, de uma figura *nominada* na lei portuguesa<sup>10</sup> - v.g., art. 114.º do Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas (DL 18/2008 de 29 de Janeiro) e art. 4.º, n.º1, c) do Regime Jurídico do Papel Comercial (DL n.º 69/2004 de 25 de Março, alterado pelo DL 77/2017 de 30/06). Reconhece GALVÃO TELLES que “para lhe servir de apoio basta o princípio da liberdade contratual, consagrado entre nós no artigo 405.º do Código Civil”<sup>11</sup>.

Note-se, contudo, que, apesar da sua atipicidade legal no ordenamento jurídico pátrio, a garantia autónoma, principalmente a automática, esteve no último meio século no centro das atenções, ocupando lugar de destaque em congressos, colóquios, reuniões nacionais e internacionais, sendo igualmente referida em disposições normativas internacionais. Assim, face à crescente utilização da figura, principalmente nas relações económicas a nível global, e com vista a combater incertezas que, compreensivelmente, estas relações acarretam, as instituições internacionais sentiram a necessidade de redigir diplomas com o intuito de harmonizar juridicamente este tipo de contratos. Falamos, assim, de uma figura objeto de regulação internacional. Atentemos, desde logo, nas *Uniform Rules for Contract Guarantees* de 1991, elaboradas pela Câmara de Comércio Internacional (atualizadas em 2010 com a publicação n.º 758 fruto da aceitação que tiveram no mercado internacional). Estas regras são aplicáveis por via dos usos bancários, não assumindo carácter obrigatório e, por isso, as partes podem optar pela sua não aplicação. É, também, o caso da *Convenção das Nações Unidas sobre as garantias independentes e as letras de crédito stand-by* de 1995<sup>12</sup>.

Na falta de regulamentação própria no ordenamento jurídico pátrio, o regime jurídico das garantias autónomas é determinado pelas cláusulas acordadas e, pelas regras

---

<sup>9</sup> Como esclarece PEDRO ROMANO MARTINEZ, op. cit., p. 276.

<sup>10</sup> Em sentido contrário, apelidando-a de contrato inominado *vide* Ac. TRP de 13/10/2000 (Emérico Soares) definindo a garantia bancária como “um contrato inominado em que uma parte, normalmente uma instituição financeira, assegura à outra a obtenção de determinado resultado ou assume a responsabilidade por um risco ligado a um empreendimento, respondendo pelos danos causados pela não verificação do resultado ou pela atuação do risco”.

<sup>11</sup> GALVÃO TELLES, op. cit., p. 290.

<sup>12</sup> Portugal não aderiu a esta Convenção apesar do parecer favorável do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República (parecer n.º 1001391996), de 07-11-1997.

gerais dos negócios jurídicos (artigos 217.º e seguintes do Código Civil) e dos contratos (artigos 405.º e seguintes do mesmo diploma).

Quanto à controvertida questão de saber se é a garantia autónoma um negócio jurídico causal ou, por outra, como um negócio jurídico abstrato<sup>13</sup>, entendemos que, na abordagem a esta questão, o conceito de autonomia é, por vezes, confundido com o conceito de abstração - o que conduz à incorrecta classificação da garantia bancária como um negócio jurídico abstrato<sup>14</sup> -. A nosso ver, a obrigação de garantia e a obrigação derivada da cláusula *on first demand* são causais face ao contrato de garantia e à cláusula *on first demand*, respetivamente, uma vez que a eficácia da obrigação de garantia depende da subsistência do contrato de garantia, sendo causal face a este último, e os efeitos da cláusula *on first demand* dependem da validade da cláusula que os origina.

Afirma-se, também, como uma garantia cujo documento negocial representa título executivo.

---

<sup>13</sup> De acordo com o Direito português, não existem negócios jurídicos sem causa: o que por vezes sucede é que a causa do negócio jurídico não é relevante para o regime jurídico criado pelo legislador, ou seja, não necessita a causa de estar expressa ou implícita nos negócio ou não necessita de ser invocada para que o mesmo seja válido na medida em que o legislador se tenha abstraído da causa do negócio quando estabeleceu o regime jurídico (por exemplo, os negócios cambiários como o aceite, o aval, o endosso, *et cetera*) - só neste último sentido poderemos falar de negócios “abstratos” admitidos pelo ordenamento jurídico pátrio. Dito de outro modo, as obrigações serão abstratas se subsistirem independentemente do facto jurídico que as originou (lei, contrato, negócio jurídico unilateral), ao passo que as obrigações causais têm a sua subsistência dependente da verificação da sua fonte. Para esclarecer a diferença entre negócio jurídico causal e negócio abstrato, consulte-se MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, Parte Geral I, Tomo I, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2005, p. 470.

<sup>14</sup> “É como que uma obrigação sem causa, cuja validade já, por isso mesmo, foi posta em dúvida, tendo em conta a proibição genérica do negócio abstrato, que se deduz do teor do artº458º, CC” – aqui, classificando-a como um negócio jurídico abstrato, “uma obrigação sem causa”, veja-se o Acórdão do STJ 21/11/2002 (Quirino Soares). Para mais desenvolvimentos sobre a questão da natureza causal ou abstrata da obrigação de garantia, veja-se FRANCISCO CORTEZ, “A garantia bancária autónoma - alguns problemas” *in* Revista da Ordem dos Advogados”, 52/1992, p. 568.

## 2. A FUNÇÃO DA GARANTIA AUTÓNOMA

Partilhamos do mesmo entendimento que FÁTIMA GOMES<sup>15</sup>, FERRER CORREIA<sup>16</sup> e CLÁUDIA TRINDADE<sup>17</sup> ao defender que, com a constituição de uma garantia autónoma, o garante assegura a satisfação do interesse económico do beneficiário da garantia, responsabilizando-se pelo risco da não produção de um resultado (eliminando-se um risco comercial através de uma intermediação de tipo financeiro). Só por isso é que “apenas nas situações em que o interesse económico do beneficiário não seja satisfeito pelo devedor-dador da ordem poderá o beneficiário executar a garantia”.<sup>18</sup>

A obrigação própria que o garante assume é uma obrigação de resultado na medida em que o banco garante a produção de determinado resultado, assumindo a responsabilidade pela sua não verificação, obrigando-se a pagar uma determinada quantia a favor do beneficiário da garantia.

Assim sendo, como obrigação própria que é, tem autonomia total em face das obrigações assumidas pelo dador da ordem de prestação de garantia e, porque autónomas, estas duas relações não podem influenciar o destino uma da outra. Acontece que o contrato de garantia alude sempre à relação fundamental, mas esta alusão apenas permite às partes estabelecer qual o resultado que o banco assegura que se produzirá (o cumprimento de um contrato, a subsistência de uma proposta contratual, a devolução de determinadas quantias, *etc*) e, a partir daqui, será possível determinar qual o pressuposto que condicionará a responsabilidade do garante pela não verificação do resultado garantido.

Em síntese, a função da garantia autónoma é, a nosso ver, a de assegurar a cobertura de um determinado resultado (objeto da garantia), assumindo o garante o risco

---

<sup>15</sup> FÁTIMA GOMES, “Garantia Bancária Autónoma à Primeira Solicitação” in “Revista Direito e Justiça”, 1994, vol. VIII, tomo 2, p. 204, afirmando a Autora que a obrigação própria que o garante assume “pode ser qualificada como obrigação de resultado: o banco garante que determinado resultado se verificará, assumindo a responsabilidade pela sua não verificação, obrigando-se a pagar uma determinada quantia a favor de um sujeito: o beneficiário”.

<sup>16</sup> FERRER CORREIA, “Notas para o estudo da garantia bancária” in “Revista de Direito e Economia”, 1982, VIII (Jul-Dez), p. 249, considerando o Autor que “através da celebração do contrato, o dador da garantia aceita correr um risco que de outro modo seria suportado pelo beneficiário: o risco de a contraparte contratual deste vir a colocar-se na situação de inadimplência, com os prejuízos económicos daí decorrentes”.

<sup>17</sup> Vide CLÁUDIA TRINDADE, op. cit., pp. 49-50. A Autora afirma, apoiando-se no autor italiano GIOVNNI BARILLÀ, que “a garantia autónoma tem uma função de cobertura dos riscos comerciais do beneficiário, que podem ser diversos do risco típico do incumprimento do devedor”.

<sup>18</sup> Assim, CLÁUDIA TRINDADE, op. cit., p.50

da sua não verificação com a conseqüente possibilidade de apelo à execução da garantia. Através da celebração do contrato, o garante aceita correr um risco (que de outro modo seria suportado pelo credor beneficiário): o risco de a contraparte contratual deste último não cumprir as suas obrigações contratuais, com os prejuízos económicos daí decorrentes.

### 3. A ESTRUTURA DA OPERAÇÃO. POSIÇÕES JURÍDICAS RESULTANTES DO CONTRATO DE GARANTIA AUTÓNOMA.

Quanto à estrutura da operação, a garantia autónoma estabelece-se mediante contrato e, como nota GALVÃO TELLES<sup>19</sup>, a figura da garantia autónoma é, normalmente<sup>20</sup>, uma *figura triangular* uma vez que supõe três relações contratuais entre sujeitos diversos: o contrato principal, o contrato entre o devedor e o garante (em regra, e como já se disse, um banco) e o contrato de garantia autónoma em si.<sup>21</sup>

Do primeiro, celebrado entre credor garantido e devedor dador da ordem, emergem as obrigações garantidas. Deverá notar-se que, independentemente da obrigação garantida, a obrigação assumida pelo garante se traduz sempre na obrigação de pagamento (ou de entrega, no caso da obrigação emerge da cláusula *on first demand*) ao beneficiário de uma determinada soma em dinheiro, não se constituindo o garante no dever de cumprir uma dívida alheia do garantido – mais que garantir o cumprimento da obrigação do devedor, pretende assegurar-se, dizemos de novo, *o interesse económico do credor beneficiário da garantia*.<sup>22 23</sup>

O segundo é o contrato<sup>24</sup> pelo qual o garante se vincula, mediante uma remuneração (comissão), a celebrar com o credor da obrigação garantida – o beneficiário da garantia - o contrato de garantia autónoma. No contrato celebrado entre devedor e

---

<sup>19</sup> Cfr. GALVÃO TELLES, op. cit., p. 289.

<sup>20</sup> Vide FRANCISCO CORTEZ, op. cit., nota (12). Sublinha o Autor que nem sempre podemos reduzir a garantia autónoma a este simples esquema uma vez que, por vezes, intervém uma quarta entidade: o banco intermediário do país do beneficiário da garantia. Porém, não entraremos em pormenores por os considerarmos desnecessários ao cerne da questão que se pretende desenvolver no presente trabalho.

<sup>21</sup> Para mais desenvolvimentos e implicações da estrutura triangular, ver o Acórdão do STJ de 21/06/2018 (Hélder Almeida) e cfr., também, PESTANA DE VASCONCELOS, *Direito das Garantias*, Almedina, Coimbra, 3.º edição, 2019, op. cit., pp. 139-140.

<sup>22</sup> Vide PEDRO ROMANO MARTINEZ, op. cit., p. 266 – a este propósito, o Autor nota, ainda, que “a garantia não pressupõe a existência de uma assunção de dívida de outrem, nos termos previstos nos artigos 595.º e seguintes do Código Civil”, uma vez que, como já foi referido, se constitui na esfera jurídica do garante uma obrigação própria -.

<sup>23</sup> Sobre esta questão cfr. GALVÃO TELLES, op. cit., p. 288. Sublinha este Autor “a obrigação do garante autónomo, como a do fiador, é sempre uma obrigação de pagamento em dinheiro, mesmo quando a obrigação garantida não seja uma obrigação pecuniária, mas de prestação de facto”

<sup>24</sup> Qualificando este contrato como um contrato de mandato (artigo 1157.º Código Civil), mais concretamente um mandato sem representação veja-se FERRER CORREIA, op. cit., p. 248 e ALMEIDA COSTA / PINTO MONTEIRO, “Garantias bancárias. O contrato de garantia à primeira solicitação” in “Coletânea de Jurisprudência XI”, 1986, T. V, p. 19. Posicionamo-nos ao lado destes autores na qualificação jurídica do contrato celebrado entre garante e dador da ordem de garantia.

garante prevê-se, normalmente, o dever de reembolso<sup>25</sup> do garante, em caso de execução da garantia, bem como as condições em que tal se fará, por um lado, e, por outro, as garantias desse eventual futuro direito do garante perante o dador da ordem, pelo qual o garante tutela a sua posição.

Já o terceiro contrato consiste no contrato de garantia autónoma em si. Celebrado entre garante e credor beneficiário, é neste contrato que, entre outras condições contratuais (como, por exemplo saber qual o prazo findo o qual a garantia cessa), são acordadas as circunstâncias que determinam a cominação da obrigação de pagamento da soma objeto da garantia, isto é, no qual se determina qual o *caso material de garantia* (facto futuro e incerto quanto à sua verificação). Entendemos que da mera celebração do contrato de garantia não resulta qualquer direito de crédito para o beneficiário<sup>26</sup>: a obrigação de garantia depende da materialização da esfera de riscos assumida pelo garante (a verificação do caso material de garantia). Assim, no período que medeia a celebração do contrato e a ocorrência do caso material de garantia apenas existe um estado de vinculação jurídica, não correspondente a uma prestação, mas sim à mera possibilidade de constituição da obrigação de pagamento da soma objeto de garantia, caso se verifique o facto futuro e incerto, determinado contratualmente. Com a materialização do risco contratualizado no contrato de garantia, nasce na esfera jurídica do garante a obrigação de pagamento da soma objeto de garantia e na esfera jurídica do beneficiário, por sua vez, surge o correlativo direito ao pagamento da soma objeto de garantia.

### **3.1. Autonomia versus automaticidade. Finalidade e consequências da aposição da cláusula *on first demand* ao contrato de garantia.**

Como já referimos, será possível, às partes, apor a chamada cláusula de pagamento *on first demand* ou à primeira solicitação ao contrato de garantia autónoma em si.

Entendemos que a automaticidade, conferida pela aposição de uma cláusula *on first demand*, não se confunde com a autonomia da garantia. Vejamos:

---

<sup>25</sup> Para mais desenvolvimentos sobre o fundamento deste dever de reembolso, consulte-se PESTANA DE VASCONCELOS, op. cit., p. 140; para um estudo atento sobre os pressupostos que deverão estar observados para podermos falar num dever de reembolso, veja-se MÓNICA JARDIM, op. cit., p. 313.

<sup>26</sup> Posição semelhante a de CLÁUDIA TRINDADE, op. cit., p. 50.

A autonomia é uma característica essencial do contrato autónomo de garantia e implica não só a independência genética como também funcional da obrigação de garantia relativamente à obrigação principal<sup>27</sup>. Em virtude da autonomia da garantia (com maior rigor, do contrato autónomo de garantia), constituindo-se o direito ao pagamento na esfera jurídica do beneficiário, o garante não poderá opor-lhe quaisquer exceções derivadas tanto da sua relação com o dador da ordem como da relação jurídica cujo cumprimento garante. Deste modo, uma vez verificados os pressupostos acordados entre beneficiário da garantia e garante para o funcionamento da garantia, o garante deverá proceder ao pagamento de uma quantia pecuniária ao beneficiário credor, não podendo opor a este último - como sucede, por exemplo, na fiança - os meios de defesa decorrentes da relação jurídica existente entre o próprio e o devedor da obrigação garantida ou da relação entre o devedor e o credor da obrigação garantida. Sobre este ponto, PESTANA DE VASCONCELOS<sup>28</sup> refere que, em sede de garantias autónomas, o garante “somente pode recorrer aos meios de defesa emergentes da relação de garantia”. Poderá, assim, afirmar-se que o garante deve ser neutro no que concerne aos litígios ou às controvérsias que se gerem em torno da relação comercial de base.<sup>29</sup>

Já a automaticidade é uma característica eventual do contrato autónomo de garantia e leva a que a entrega da soma objeto de garantia dependa apenas da solicitação do beneficiário e não já da verificação do fundamento material da solicitação: ainda que a solicitação do beneficiário seja materialmente infundada, por não se verificarem as circunstâncias que determinam a cominação da obrigação de pagamento da soma objeto da garantia ou do surgimento de exceções<sup>30</sup> relativas ao contrato de garantia que impeçam ou extingam o direito do beneficiário ao pagamento da soma objeto da garantia, o garante está obrigado a entregar a referida soma ao beneficiário. Deste modo, a obrigação do garante que resulta da inserção no contrato de garantia de uma cláusula à primeira

---

<sup>27</sup> Significa isto que a validade do contrato de garantia não depende da validade do contrato garantido – são contratos geneticamente independentes – e o garante não pode opor ao beneficiário os meios de defesa que competem ao devedor-ordenante face ao beneficiário – são contratos funcionalmente independentes -. Como a obrigação do garante se extingue e a garantia caduca quando se cumpre o contrato-base (uma vez que o interesse económico do credor-beneficiário é satisfeito), não entendemos que a independência extintiva dos contratos seja absoluta. Para um estudo mais atento, cfr. CLÁUDIA TRINDADE, op. cit., pp. 47-48

<sup>28</sup> PESTANA DE VASCONCELOS, op. cit., p. 136

<sup>29</sup> Vale, em sede de execução de garantias autónomas, o princípio da inoponibilidade, desenvolvido no capítulo 4.

<sup>30</sup> Falamos, aqui, da nulidade do contrato de garantia (arts. 280.º e 294.º), os vícios da vontade negocial relativos ao contrato de garantia (arts. 240.º e ss.), a caducidade do contrato de garantia (art. 298.º, n.º2) ou a verificação da condição resolutiva aposta ao contrato de garantia (artigo 270.º).

solicitação apenas releva em caso de não verificação do fundamento material da solicitação, pois se a solicitação for materialmente fundada o garante encontrar-se-á vinculado pela própria obrigação de garantia. Dito de outro modo, caso a solicitação não conheça fundamento material, o garante mantém-se obrigado a entregar a soma objeto da garantia pela sua vinculação ao cumprimento da cláusula *on first demand* e já não por força da obrigação de garantia.

Entendemos, com FLUVIO MASTROPAOLO<sup>31</sup> que, ao inserir uma cláusula *on first demand*, as partes pretendem conferir liquidez, aceleração e segurança na entrega da soma objeto da garantia, assegurando a satisfação imediata do interesse económico ao credor-beneficiário, uma vez que, com a inserção de uma cláusula deste tipo, o risco da incerteza da verificação do fundamento material da solicitação se aloca à esfera jurídica do garante, sendo este obrigado a entregar as unidades monetárias à primeira solicitação. Com a sua aposição, difere-se a invocação das exceções (incluído as derivadas no próprio contrato de garantia) para momento posterior ao da solicitação, eliminando-se, assim, a possibilidade de controvérsia extraprocessual do fundamento do direito de crédito do beneficiário e o resultante atraso na satisfação do interesse económico do credor beneficiário.

Resta-nos afirmar que não concordamos com a fração doutrinária<sup>32</sup> que entende que a aposição da cláusula de pagamento eleva a autonomia da garantia ao seu expoente máximo uma vez que dispensa a indagação do estado da relação base (por afastar a necessidade de prova da verificação do *caso material de garantia*). Não entendemos que a distinção entre a garantia autónoma simples e a garantia autónoma automática se situe ao nível da exigibilidade do direito do beneficiário, isto é, não entendemos que a distinção entre uma e outra se faça pelo facto de a garantia autónoma simples só ser “exigível verificado o caso material de garantia, enquanto esta [a garantia autónoma à primeira solicitação] é exigível a todo o tempo”<sup>33</sup>: os efeitos da cláusula *on first demand* não se prendem com o tempo de cumprimento da obrigação de garantia. Destacamo-nos, nomeadamente, da posição defendida pela Autora Mónica Jardim que entende que “a automaticidade só introduzir alterações na estrutura tradicional da garantia autónoma ao

---

<sup>31</sup> FLUVIO MASTROPAOLO *apud* CLÁUDIA TRINDADE, op. cit., p. 6

<sup>32</sup> Vejam-se, a título de exemplo, as posições defendidas pelos Autores FRANCISCO CORTEZ e MÓNICA JARDIM (conferir, respetivamente, FRANCISCO CORTEZ op. cit., p.537 e MÓNICA JARDIM, op. cit., p. 86).

<sup>33</sup> Cfr. MIGUEL BRITO BASTOS, op. cit., p. 529

nível da exigibilidade do cumprimento da obrigação do garante de entregar a quantia pecuniária acordada”<sup>34</sup>.

Em rigor, entendemos, com CLÁUDIA TRINDADE<sup>35</sup> e MIGUEL BRITO BASTOS<sup>36</sup> que o direito do beneficiário que emerge da cláusula à primeira solicitação não é sequer o mesmo direito que se baseia no contrato de garantia e que nasce com a verificação do *caso material de garantia*. Da cláusula *on first demand* entendemos que resulta um direito à *entrega* da soma objeto de garantia, distinto e independente do direito ao *pagamento* da soma objeto da garantia existente no caso da garantia autónoma simples<sup>37</sup>. Em nosso entender, a cláusula de pagamento à primeira solicitação cria um direito à *entrega* do montante garantido, mas já não um direito à sua *retenção* na mesma uma vez que a entrega das unidades monetárias não corresponde a um pagamento – leia-se, a uma “atribuição patrimonial que permita ao beneficiário alocar as unidades monetárias à sua esfera jurídica”<sup>38</sup> -. Correlativamente, a obrigação que resulta para o garante da cláusula *on first demand* é tão somente uma obrigação de entrega de unidades monetárias que não conhece como efeito a transferência da propriedade do montante garantido, não provocando a afetação do montante garantido à esfera do beneficiário<sup>39</sup>. A inexistência da obrigação de pagamento, por falta de fundamento material, não influencia, portanto, em nada, a *sobrevivência* da obrigação de entrega.

Atente-se, contudo, que tal não significa que a aposição da cláusula de pagamento *on first demand* crie uma obrigação abstrata: a alegação da não verificação do fundamento material da solicitação poderá ser posteriormente realizada, em ação de repetição do indevido - que poderá ser intentada pelo garante na hipótese de não se ter verificado o caso material de garantia, como ensina CLAUS-WILHELM CANARIS<sup>40</sup>, sendo que entendemos, com GIUSEPPE PORTALE<sup>41</sup>, que terão legitimidade processual para

---

<sup>34</sup> Vide MÓNICA JARDIM, op. cit., p. 85.

<sup>35</sup> Cfr. CLÁUDIA TRINDADE, op. cit., p. 64.

<sup>36</sup> Vide MIGUEL BRITO BASTOS, p. 529-531.

<sup>37</sup> Adotamos os significantes utilizados pela autora CLÁUDIA TRINDADE na explanação da questão. Esta autora refere que o conceito de “transferência” está bastante associado à afetação de um bem a uma esfera jurídica e, por isso, prefere a expressão “entrega” que é a mais adequada no caso da entrega do dinheiro em mão (mas já não será a expressão mais adequada no caso de uma transferência bancária do montante garantido dado que, nessa situação, não se estará perante uma coisa corpórea). Cfr. CLÁUDIA TRINDADE, op. cit., p. 67

<sup>38</sup> CLÁUDIA TRINDADE, op. cit., p.66

<sup>39</sup> Sobre a decomposição do título de aquisição na competência de aquisição e na faculdade de exigibilidade, consulte-se MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *O Concurso de Títulos de Aquisição da Prestação*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 61 e ss.

<sup>40</sup> CLAUS-WILHELM CANARIS *apud* MIGUEL BRITO BASTOS, op. cit., p. 541.

<sup>41</sup> GIUSEPPE PORTALE *apud* CLÁUDIA TRINDADE, op. cit., p.67

intentar essa ação, baseada em excussão abusiva da garantia, o garante e o devedor-ordenante -.

#### 4. EXECUÇÃO DA GARANTIA AUTÓNOMA: O PRINCÍPIO DA INOPONIBILIDADE ANALISADO

Ressalvamos, antes de mais, que a solicitação de pagamento da quantia pecuniária determinada previamente no contrato deverá feita, pelo beneficiário, corretamente<sup>42</sup> e de acordo com os requisitos enunciados no contrato de garantia autónoma em si. Com esta solicitação passar-se-á do mero plano da garantia para o plano de execução desta última.

Em virtude da autonomia da garantia autónoma, o garante não poderá, perante uma solicitação do beneficiário, opor exceções derivadas da relação de base e da relação de cobertura<sup>43</sup>. MENEZES CORDEIRO, a este propósito, afirma que poderemos opor “ao beneficiário as exceções literais que constem do próprio texto da garantia: nunca as derivadas da relação principal”<sup>44</sup>.

A obrigação presente na esfera jurídica do garante é, assim, independente<sup>45</sup>, abstraindo da culpa do devedor do contrato base, das controvérsias relacionadas com a relação jurídica de base bem como do dano efetivamente sofrido pelo beneficiário da garantia. Seguindo a lógica discursiva de MÓNICA JARDIM<sup>46</sup>, vale, aqui (como consequência da própria independência ou autonomia das garantias automáticas) quanto às relações beneficiário–dador da ordem e quanto às relações dador da ordem–garante, o princípio da inoponibilidade - é o que resulta, precisamente, da vontade manifestada pelas partes, ao abrigo da sua autonomia privada (art. 405.º).

---

<sup>42</sup> Para mais desenvolvimentos acerca dos termos nos quais a solicitação da garantia deve ser realizada a fim de colocar o garante na posição de devedor da soma objeto da garantia e o beneficiário na de titular do correspondente direito de crédito, cfr. MÓNICA JARDIM, op. cit., pp. 247-249.

<sup>43</sup> Assim, relembra MIGUEL BRITO BASTOS, op. cit., p. 533.

<sup>44</sup> MENEZES CORDEIRO, “*Direito Bancário*”, Almedina, Coimbra, 6.ª edição, 2016, p. 657.

<sup>45</sup> Sendo que esta independência se verifica quer quanto aos pressupostos de exigibilidade quer quanto ao objeto da relação base.

<sup>46</sup> Cfr. MONICA JARDIM, op. cit., p. 274

## 5. LIMITES DA AUTONOMIA E LIMITES DA AUTOMATICIDADE: REVISÃO LITERÁRIA E ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Cabe referir, antes de mais, que na doutrina pátria consultada - e a seguir explanada - quase não se opera a distinção entre os limites da autonomia e os limites da automaticidade da garantia autónoma e, por isso, nesta primeira fase de análise doutrinal e jurisprudencial, não a teremos em conta. Contudo, abordaremos os limites da autonomia e os limites da automaticidade separadamente mais adiante.

### 5.1. Doutrina maioritária

FERRER CORREIA<sup>47</sup> considera que acima da “regra da inoponibilidade das aludidas exceções estão aqueles preceitos do ordenamento jurídico (...) que fazem parte do seu *ius cogens*” e que, assim o sendo, poderá o garante opor ao credor a “exceção de invalidade do negócio causal por ofensa aos bons costumes” bem como a exceção de “ter sido o crédito garantido considerado inexistente”.

CALVÃO DA SILVA<sup>48</sup> afirma que, em “casos excepcionais de excussão manifestamente abusiva ou fraudulenta da garantia” se imputa ao “garante conhecedor da situação o dever de bloquear ou paralisar a garantia e recusar o pagamento” -. O autor afirma que estas exceções ao princípio da inoponibilidade são “válvulas de ventilação de justiça”, mas alerta para a “dificuldade de encontrar o ponto ótimo da dialética com a segurança que justifica a notável difusão da cláusula”.

Os Professores ALMEIDA COSTA e PINTO MONTEIRO<sup>49</sup> reconhecem também a existência de situações em que deverá o direito de crédito do beneficiário ser paralisado,

---

<sup>47</sup> Cfr. FERRER CORREIA, op. cit., p. 253.

<sup>48</sup> Cfr. CALVÃO DA SILVA, “Garantias Acessórias e Garantias Autónomas” *Estudos de Direito Comercial (Pareceres)*, Almedina, Coimbra, 1999, pp. 343-344. O Autor admite, também, a possibilidade de o devedor lançar mão de um procedimento cautelar que iniba o garante do pagamento da garantia, afirma que esta tutela cautelar inibitória só deverá proceder no mesmo caso e dentro dos mesmos limites da oponibilidade da exceção de abuso evidente ou fraude manifesta ao beneficiário em sede de recusa de pagamento, isto é, será necessário, para que sejam decretadas as medidas inibitórias cautelares em causa, prova líquida de excussão abusiva ou fraudulenta e não apenas a *sumaria cognitio* da *probabilidade séria* ou *verosimilhança* da sua existência, justificando-se esta exigência, a seu ver, em nome da segurança e da certeza visadas com a cláusula de pagamento à primeira solicitação. Refere, ainda, CALVÃO DA SILVA, que será também perfeitamente possível ao devedor principal intentar procedimento cautelar nominado contra o beneficiário. Sobre a tutela cautelar, veja-se CALVÃO DA SILVA, op. cit., pp. 345-346.

<sup>49</sup> Cfr. ALMEIDA COSTA / PINTO MONTEIRO, op. cit., p. 20-21. Admitem, também, a possibilidade de o devedor tentar impedir o pagamento ou execução da garantia através de medidas instauradas em sede judiciária ou arbitral, cujo êxito final dependerá de “prova inequívoca do comportamento manifestamente

apontando como razão para tal a existência de “princípios cogentes de todo e qualquer ordenamento jurídico, que devem ser respeitados”. Os Autores dão como exemplo o caso de o beneficiário solicitar a garantia de execução do contrato, tendo o banco em seu poder o certificado de desalfandegamento da mercadoria no país de destino.

MÓNICA JARDIM<sup>50</sup>, entende que sendo a solicitação do beneficiário abusiva – conformando uma situação de “fraude manifesta ou abuso evidente do beneficiário” - deverá considerar-se lícita a recusa, por parte do garante, de entregar a soma objeto da garantia, decorrendo para ele, enquanto mandatário do dador da ordem, um verdadeiro dever jurídico<sup>51</sup> de proceder a essa mesma recusa. Segundo a Autora, este dever jurídico (*dovere di omissioni*) de o garante recusar o pagamento resulta do dever de proteção dos interesses do mandante - dever jurídico que se funda no princípio da boa-fé e completa o conteúdo da relação de mandato entre dador da ordem e garante, “impondo a este a tutela da esfera jurídica do mandante, onde se repercute o sacrifício económico da entrega da soma objeto da garantia” -. Para a Autora, o direito do beneficiário face ao garante terá sempre origem num evento relacionado com o contrato base garantido (v.g., o não cumprimento do devedor) e apenas quando esse tal evento ocorre, é que o beneficiário “se torna titular do direito potestativo de solicitar a soma objeto da garantia que, depois de exercido, faz nascer na sua esfera jurídica um direito de crédito face ao garante”. Caso não ocorra o evento previsto no contrato, não se torna o beneficiário titular do direito de solicitar o pagamento e, se, ainda assim, o beneficiário o fizer, não tendo ocorrido o evento previsto no contrato, viola a proibição do abuso de direito e o dever (que deriva para ele do contrato de garantia) de se comportar com “correção e lisura de acordo com a boa-fé”.

SIMÕES PATRÍCIO<sup>52</sup>, por seu turno, fala em “dolo, má-fé ou abuso de direito” verificados no recurso à garantia pelo beneficiário como fundamentos para que o garante possa recusar proceder ao cumprimento do seu dever de pagar ou entregar o montante acordado a título de garantia.

---

fraudulento ou abusivo do beneficiário”. Serão medidas de natureza cautelar, intentadas pelo devedor, a fim de impedir o banco de entregar ao beneficiário a soma objeto de garantia ou dirigidas mesmo contra o beneficiário, obstando a que este receba a garantia.

<sup>50</sup> MÓNICA JARDIM, op. cit., pp. 298-301.

<sup>51</sup> Note-se que a este dever jurídico, a cargo do garante, de recusar a entrega da soma objeto da garantia (dever de omissão) corresponde, entendem os autores que o reconhecem como existente, um direito do dador da ordem (devedor do contrato-base) a ser judicialmente protegido.

<sup>52</sup> Cfr. SIMÕES PATRÍCIO, “Preliminares sobre a Garantia «on first demand»” in “Revista da Ordem dos Advogados”, 1983, Vol. III (Dez), pp. 709-711

MANUEL CASTELO BRANCO<sup>53</sup> afirma que a “fraude ou má-fé manifesta” do beneficiário da garantia legitimará o garante a recusar proceder à entrega da soma objeto de garantia.

FÁTIMA GOMES<sup>54</sup> considera que o banco, “em face de um comportamento fraudulento do beneficiário ao executar a garantia” deverá recusar o seu pagamento, falando, a Autora, em “abuso” e “má-fé”.

Conclui-se, do exposto, que a maioria dos autores consultados entende que em casos excepcionais de “fraude manifesta” ou “abuso evidente”, é legítima e lícita a recusa do garante em proceder ao pagamento do montante garantido ao beneficiário - sendo que se entende de forma quase unânime que essa recusa é um verdadeiro dever jurídico do garante -.

## 5.2. Análise jurisprudencial

Veja-se, desde logo, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 06-03-2014 (Rel. Silva Gonçalves), no qual é afirmada a existência de limites à autonomia e ao carácter automático da garantia impostos por “princípios basilares da ordem jurídica portuguesa” que formam – tal como se lê no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 05-07-2012 (Rel. Abrantes Geraldes) - uma “estreita faixa integrada pelas regras da boa fé ou do abuso de direito ou pela necessidade de evitar benefícios decorrentes de factos ilícitos, envolvendo fraudes ou falsificação de documentos”.

Delimitam-se, comumente, na jurisprudência, estes casos excepcionais, como casos de “fraude manifesta ou abuso evidente”, tal como se pode ler no Ac. do STJ de 14-10-2004 (Rel. Araújo Barros), restringindo-se o abuso a “casos extremos de manobras tendentes a enganar o garante ou de procedimento abusivo do beneficiário, designadamente exigindo a garantia em caso de cumprimento pontual da obrigação do

---

<sup>53</sup> MANUEL CASTELO BRANCO, A garantia bancária autónoma no âmbito das garantias especiais das obrigações, *in* Revista da Ordem dos Advogados, ano 53, 1993, p. 79.

<sup>54</sup> . Cfr. FÁTIMA GOMES, *op. cit.*, pp. 180-182. A Autora entende, ainda (que como um juízo de probabilidade não é suficiente para fundamentar a recusa de pagamento, sob pena de a garantia bancária perder a sua utilidade prática e cair em desuso) não será possível o recurso a providências cautelares com o fim de obter o não pagamento da garantia, a menos que se apresente uma “prova líquida” - única prova admissível, a seu ver, para paralisar pagamento de uma garantia, como veremos adiante -.

devedor”. No Acórdão do STJ de 12/09/2006 (Sebastião Póvoas) fala-se em “fraude ostensiva, clamorosa, evidente”.

Na jurisprudência são também comuns as expressões “manifesta má fé ou má-fé patente”, tal como se pode ler no Ac. do STJ de 05-07-2012 (Rel. Abrantes Geraldês) e “má-fé patente, fraude evidente, clara, sem contestação, a tal ponto que o abuso do beneficiário fere a vista”, como refere o coletivo de juízes no Ac. do STJ de 06-03-2014 (Rel. Silva Gonçalves) - nos termos deste Acórdão, pode ler-se que está em causa a “conjugação de forças antijurídicas que o nosso sistema jurídico não pode corroborar e a constituir um abuso de direito”, sendo que na última parte da citação (“o abuso do beneficiário fere a vista) se espelha o critério da jurisprudência francesa, que terá sido colhido das obras de MICHEL VASSEUR<sup>55</sup>.

Na jurisprudência europeia, segundo YVES POULLET, “*existe fraude manifesta quando o recurso à garantia viola de forma evidente o equilíbrio de interesses efetivado pela operação comercial entre o mandante e o beneficiário*”.<sup>56</sup>

---

<sup>55</sup> Como informam os Autores ALMEIDA COSTA / PINTO MONTEIRO, op. cit. p. 21.

<sup>56</sup> YVES POULLET *apud* SIMÕES PATRÍCIO, op. cit., p. 711

## 6. LIMITES DA AUTONOMIA E LIMITES DA AUTOMATICIDADE: POSIÇÃO ADOTADA

Entendemos que entre os princípios e exigências valorativas que podem limitar o exercício dos direitos encontram-se a boa-fé, os bons costumes e o fim económico-social do direito e “quando um direito seja exercido em contrariedade com um (ou mais) desses valores, esse exercício constitui abuso de direito à luz do artigo 334.º do CC”<sup>57</sup>. O exercício do direito ao pagamento ou entrega da soma objeto de garantia, por parte do beneficiário, não será exceção, havendo a considerar limites máximos com os quais a garantia autónoma - mesmo quando automática - não poderá colidir.

Existirão, assim, entendemos, situações em que a autonomia e a automaticidade da garantia poderão ver-se limitadas, podendo haver decisão judicial que reconheça como lícita a anterior recusa do garante em proceder ao pagamento ou à entrega da soma das unidades monetárias ao beneficiário da garantia (ou podendo haver decisão judicial que imponha tal paralisação do direito do beneficiário).<sup>58</sup>

Antes de avançarmos com tomadas de posição em sede de limitação da autonomia e limitação da automaticidade das garantias bancárias, entendemos ser oportuno esclarecer dois pontos.

No que diz respeito às situações em que se entende ser lícita a recusa de pagamento ou de entrega da soma objeto da garantia, quase toda doutrina por nós consultada<sup>59</sup> refere-se indistintamente ao abuso de direito e à fraude. Também nas expressões utilizadas comumente pela jurisprudência<sup>60</sup>, como tivemos oportunidade de ver, se equipara frequentemente a fraude ao abuso de direito. CALVÃO DA SILVA<sup>61</sup> chama a atenção para este mesmo facto afirmando que a maioria da doutrina tem equiparado a fraude (*fraud in the transaction*) - de origem anglo-saxónica, correspondente ao dolo, própria da *common law* (que não conhece a teoria geral do abuso de direito) - ao abuso de direito.

---

<sup>57</sup> CLÁUDIA TRINDADE, op. cit., p. 52.

<sup>58</sup> Nomeadamente, dada a possibilidade, que admitimos, de o devedor-garantido ou o garante requererem medidas inibitórias de natureza cautelar. Não entraremos em considerações sobre a tutela cautelar do devedor-ordenante e do garante, porém remetemos o estudo desta questão (nomeadamente a questão da admissibilidade da restrição probatória no campo das providências cautelares) para CLÁUDIA TRINDADE, pp. 90 e ss.

<sup>59</sup> Com exceção de CALVÃO DA SILVA, op. cit., MIGUEL BRITO BASTOS, op. cit. e CLÁUDIA TRINDADE, op. cit..

<sup>60</sup> A título de exemplo, no Supremo Tribunal de Justiça, há onze anos atrás, a 21 de abril, afirmou-se que a fraude “em direito positivo português se reconduz à figura do abuso do direito, previsto e sancionado no artigo 334.º do Código Civil” - cfr. Ac. STJ 21/04/2010 (MARIA DOS PRAZARES PIZARRO BELEZA).

<sup>61</sup> CALVÃO DA SILVA, op. cit., p. 344.

PORTALE<sup>62</sup> vem afirmar que a jurisprudência europeia tem insistido nesta equiparação da fraude ao abuso, “com o claro fim de fazer excluir a subordinação da oponibilidade da exceção à existência de intenção do beneficiário de provocar um dano ao mandante”. Entendemos, contudo, que esta identificação entre os institutos não é correta e dever-se-á falar tão somente em abuso do direito. A fraude é um instituto equivalente à *fraud in the transaction* do direito anglo-saxónico, que não só desconhece a figura do abuso do direito como “reconduz os comportamentos fraudulentos à utilização de artifícios com intenção de prejudicar a outra parte contratual”<sup>63</sup>. A evidência da fraude refere-se, portanto, à existência de um estado subjetivo doloso por parte do agente que não conhece paralelo com o abuso de direito (uma vez que este limita o exercício objetivamente anormal do direito, sendo irrelevante o estado subjetivo de quem exerce a posição jurídica).

Acrescentamos, ainda, que, a nosso ver, será indiferente se o beneficiário tem ou não consciência de que está a executar ilicitamente a garantia. O nosso ordenamento jurídico adota a conceção objetivista do princípio da proibição do abuso de direito que proclama a não obrigatoriedade de demonstração do *animus nocendi* do beneficiário da garantia. Assim sendo, não se procura qualquer elemento subjetivo referente à conduta do beneficiário, bastando que a mesma exceda de forma evidente os limites prescritos no preceito<sup>64</sup>. Desde modo, mesmo que o beneficiário não tenha noção da falta de fundamento manifesto da sua pretensão, a mesma será passível de ser excecionada com base neste mecanismo.

### 6.1. Limites da autonomia

Como acima se referiu, o sistema jurídico conhece princípios e exigências valorativas que podem limitar o exercício dos direitos: de entre estes, encontram-se a boa-fé, os bons costumes e o fim económico-social do direito. Quando um direito seja exercido em contrariedade com um (ou mais) desses valores, esse exercício constitui abuso de direito à luz do artigo 334.º do CC.

---

<sup>62</sup> Assim, PORTALE *apud* FRANCISCO CORTEZ, *op. cit.*, p. 600.

<sup>63</sup> Aqui, veja-se CLÁUDIA TRINDADE, *op. cit.*, p. 52, nota (17).

<sup>64</sup> Neste sentido, veja-se o Ac. do STJ de 28/06/2007 (Gil Roque) e MENEZES CORDEIRO, “Da Boa Fé no Direito Civil”, 7.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 661-718

Contrariamente ao entendimento firmado pelo Autor FRANCISCO CORTEZ<sup>65</sup>, não consideramos que a verdadeira *ratio* para que o abuso de direito seja invocável como limite da autonomia de uma garantia bancária passe pela existência de um dever de atuação do beneficiário segundo a boa fé, derivado do contrato de garantia, o qual impõe ao beneficiário normas de conduta perante o garante: a, este propósito, relembramos os ensinamentos de CARNEIRO DA FRADA<sup>66</sup> ao defender a autonomia da boa-fé no contexto do artigo 334.º face à boa-fé como regra de conduta, para afirmar que a boa-fé não atuará, no âmbito do abuso de direito, como regra de conduta mas sim como “corretivo do resultado de uma aplicação meramente formal de normas jurídicas”.

Firmamos este entendimento no seguinte raciocínio: como o sabemos, o direito ao pagamento da soma objeto da garantia afirma-se como um direito de crédito que, uma vez verificado o caso material de garantia, se constitui na esfera jurídica do beneficiário. Deste modo, a aludida verificação é o pressuposto que deverá estar preenchido para que o exercício do direito ao pagamento se enquadre numa permissão dada por uma norma jurídica (norma, aqui, utilizada no seu sentido mais lato, enquanto preceito auto-regulamentador de interesses<sup>67</sup>). Todavia, embora possa haver uma perfeita subsunção do caso concreto à norma permissiva, o sistema poderá impor que esse exercício seja realizado de uma determinada forma (ou, por outra, que o não seja de determinada forma), sob pena de contrariar o sistema e o exercício do direito afirmar-se disfuncional.

Deste modo, mesmo o direito ao pagamento existindo validamente, o seu exercício poderá originar situações de injustiça objetiva na relação entre o beneficiário e o garante, sendo, nesses casos, necessário proceder à correção do resultado da aplicação da norma permissiva que confere o direito ao pagamento – correção justificada pelo princípio da boa-fé<sup>68</sup>. Este exercício abusivo não violará uma norma jurídica que imponha um dever ou proíba uma conduta, não sendo ilícito; é, sim, disfuncional face a um princípio ou valor fundamental do ordenamento jurídico.

---

<sup>65</sup> Cfr. FRANCISCO CORTEZ, *A Garantia Bancária Autónoma*, p. 598.

<sup>66</sup> Para um estudo mais atento, cfr. MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 852 e ss.

<sup>67</sup> Para mais esclarecimentos sobre a opção por este significante, veja-se CLÁUDIA TRINDADE, op. cit., p.53.

<sup>68</sup> Entendendo que esta correção se justifica pelo princípio da boa-fé, veja-se MANUEL CARNEIRO DA FRADA, op. cit., p. 860 e MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, op. cit., p. 405

Com CLÁUDIA TRINDADE<sup>69</sup>, entendemos que uma conduta contrária a um princípio ou valor fundamental do ordenamento jurídico será, então, uma conduta proibida, pelo que, encontrando-se em curso, deverá cessar.

Podemos concluir que o abusivo exercício do direito de crédito, por parte do beneficiário, é proibido e, estando em curso, deverá ser paralisado: apesar de existir, este direito não produz os seus efeitos jurídicos habituais, não se realizando a transferência da soma para a esfera jurídica do beneficiário.

O que se verifica, assim sendo, não é uma falta de direito – porque ele existe – mas sim uma ineficácia do direito.

Entendemos que o pagamento da soma objeto da garantia deve<sup>70</sup> ser recusado pelo banco ou paralisado em sede judiciária se se revelar um exercício abusivo do direito de crédito do beneficiário, por contrariedade à boa-fé enquanto expressão de uma justa composição de interesses entre o garante e o beneficiário da garantia. O mesmo valerá para a obrigação de entrega do montante garantido, nos casos em que o exercício do correlativo direito, como veremos, se revele um exercício abusivo do direito de crédito do beneficiário por contrariedade à função económico-social do direito. Consequentemente, entendemos que, mais que um poder, o banco tem um verdadeiro dever jurídico de recusar o pagamento em casos de abuso do direito de execução da garantia, sob pena de não lhe assistir o direito a ser reembolsado pelo mandante<sup>71</sup>. “Este dever de bloquear ou paralisar a garantia e recusar o pagamento para evitar uma iniquidade<sup>72</sup>” pressupõe, a nosso ver, e também como nota o Autor agora citado, não só um dever de o garante informar o devedor do pedido de pagamento da garantia como também uma obrigação de este último fornecer ao garante prova de que a solicitação é abusiva ou fraudulenta. Assim, não existe, a cargo do banco, qualquer dever de investigação<sup>73</sup>: este tem apenas o dever de examinar a conformidade formal da solicitação

---

<sup>69</sup> CLÁUDIA TRINDADE, op. cit., p. 57

<sup>70</sup> Consideramos que este dever jurídico (*dovere di omissioni*) de o garante recusar o pagamento resulta do dever de proteção dos interesses do mandante – dever que completa o conteúdo da relação de mandato entre dador da ordem e garante, impondo a este a tutela da esfera jurídica do mandante, onde se repercute o sacrifício económico da entrega da soma objeto da garantia. Remetemos para a nota (24) da presente investigação acerca da qualificação jurídica do contrato celebrado entre garante e dador da ordem de garantia como um contrato de mandato.

<sup>71</sup> Veja-se, por exemplo, neste sentido, o Ac. STJ de 14-10-2004 (Rel. Araújo Barros).

<sup>72</sup> Fração discursiva de CALVÃO DA SILVA (cfr. CALVÃO DA SILVA, op. cit., p. 343).

<sup>73</sup> Para mais desenvolvimentos sobre a inexistência de um dever de investigação a cargo do garante, cfr. MÓNICA JARDIM, op. cit., pp. 301-302

face ao previsto no contrato. A somar a isto, a autonomia da obrigação, assumida pelo garante, impede-o de qualquer investigação sobre a fundamentação do pedido. Posto isto, o banco só dificilmente estará em condições de se dar conta da conduta abusiva do beneficiário. Desta forma, incapaz de discernir, por si só, o carácter abusivo da solicitação, o garante deverá, como começámos por referir, avisar o dador da ordem que o beneficiário solicitou a entrega da soma objeto de garantia (assegurando, deste modo, a efetividade do princípio da proibição do abuso de direito).

Julgamos, por último, ser necessário proceder ao esclarecimento e tomada de posição relativamente ao seguinte ponto:

Com JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO<sup>74</sup> entendemos que se confunde gravemente abuso do direito com falta de direito mas quem *exerce* um direito sem o ter “não abusa do direito, porque não tem direito de que abusar” havendo autores, tal como confirma CLÁUDIA TRINDADE<sup>75</sup>, que reportam existir abuso de direito quando o beneficiário solicita o pagamento antes da verificação do caso material de garantia – ora, nestes casos, entendemos que o beneficiário está simplesmente a pedir algo a que ainda não tem direito, não se podendo falar em abuso de direito.

Autores há, ainda, que, já depois da verificação do caso material de garanti apontam casos de solicitação abusiva que, a nosso ver, não o são. Referimos, como por exemplo, o caso de o beneficiário proceder à solicitação da soma objeto da garantia quando o devedor-ordenante já cumpriu integralmente o contrato-base<sup>76</sup> - nestes casos, em que o devedor-ordenante cumpre a obrigação a que está vinculado, extinguindo-se essa obrigação e caducando a obrigação de garantia, o garante não paralisa o direito do beneficiário, uma vez que este nem sequer existe, não podendo falar-se, nesse caso e noutros semelhantes, da exceção de abuso de direito<sup>77</sup>.

---

<sup>74</sup> JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “O Abuso de Direito e o art. 334.º do Código Civil: uma recepção transviada” in Estudos em Homenagem ao Professor Marcello Caetano, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 610.

<sup>75</sup> CLÁUDIA TRINDADE, op. cit., p. 59.

<sup>76</sup> Veja-se, v.g., os exemplos apontados pelo Autor Alexandre Mota Pinto como casos de execução abusiva de garantia bancária: “nas garantias de pagamento, a existência de uma prova líquida à disposição do banco de que o pagamento foi efetuado” ou “nas garantias de cumprimento relativas à entrega de um bem (...) a existência de prova líquida de que o bem foi entregue, no local e data acordados” – cfr. ALEXANDRE MOTA PINTO, “Proteção cautelar contra execução abusiva de garantia bancária autónoma: entre a certeza de uma garantia forte e a verosimilhança da tutela cautelar”, in “Actualidad Jurídica Uría Menéndez”, n.º 49, Madrid, 2018, p. .236

<sup>77</sup> Acompanhamos aqui a posição de MIGUEL BRITO BASTOS, op. cit., p. 538 e CLÁUDIA TRINDADE, op. cit., p.60, ao defender que o cumprimento integral do contrato base acarreta a caducidade da obrigação

Em síntese, em sede de limites da autonomia, jugamos que os verdadeiros casos de abuso do direito ao pagamento do beneficiário da garantia são “aqueles em que a obrigação de garantia existe e o caso material de garantia se verifica (...) mas a solicitação se traduz num exercício inadmissível do direito do beneficiário à excussão da garantia, por o pressuposto da norma permissiva se verificar de modo *formal*, mas o exercício do direito não merecer a tutela da ordem jurídica”<sup>78</sup>. Já será uma questão de interpretação de contrato<sup>79</sup> saber que casos consubstanciam uma falta de um direito de crédito na esfera jurídica do beneficiário e que situações se reconduzem a um verdadeiro exercício abusivo do direito subjetivo do beneficiário.

Assim, na garantia autónoma simples, o garante apenas terá de pagar a soma objeto da garantia se, cumulativamente: a obrigação de garantia existir, se verificar o caso material de garantia e o exercício do direito à excussão da garantia não for abusivo. Estes três pressupostos terão que estar preenchidos para que a solicitação conheça fundamento material, caso contrário será materialmente infundada e a obrigação de garantia não é devida.

## 6.2. Limites da automaticidade

Como já se explanou anteriormente, o garante, tendo sido aposta uma cláusula de pagamento à primeira solicitação ao contrato de garantia, ante mera interpelação pelo beneficiário, deverá entregar imediatamente a este último a soma objeto da garantia, ainda que não se verifique o fundamento material da solicitação. Através da cláusula de pagamento *on first demand*, as partes procedem a um alargamento do leque de situações em que nasce na esfera jurídica do beneficiário um direito à entrega da soma objeto da garantia: aos casos em que se verifica o fundamento material da solicitação, acrescentam-se as situações em que não é certo que esse fundamento não se verifique.

Existirão casos em que a recusa da entrega da soma objeto da garantia é lícita? O caráter imediato da entrega é absoluto ou poderá ceder perante alguma norma que

---

de garantia. Assim, caducando a obrigação de garantia, o garante deixa de estar obrigado a qualquer prestação perante o credor-beneficiário, assim como o credor-beneficiário deixa de ter um direito ao pagamento da soma objeto da garantia: inexistente, portanto, qualquer direito e correspondente obrigação que fundamente a solicitação. O garante não paralisa o direito do beneficiário uma vez que este nem sequer existe, não podendo, portanto, falar-se de invocação da exceção do abuso de direito. Sobre este ponto cfr., também, MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no Direito Civil*, op. cit., p. 720.

<sup>78</sup> CLÁUDIA TRINDADE, op. cit., p. 58.

<sup>79</sup> Em sentido semelhante, MIGUEL BRITO BASTOS, op. cit., p. 539-540.

imponha que a não verificação do fundamento material da solicitação permite lícita a recusa do garante por parte do garante? *Quid iuris?*

Na sequência do que foi inicialmente referido neste subcapítulo, com a inserção de uma cláusula *on first demand*, pretendem as partes conferir uma maior proteção à posição jurídica ocupada pelo beneficiário através da aceleração da satisfação do seu interesse económico - conseguida, essa tutela, através da assunção, pelo garante, de uma obrigação que aloca à sua esfera jurídica os riscos da incerteza da verificação do fundamento material da solicitação -. Assim, caso seja discutível, não evidente ou incerto que o fundamento material da solicitação não se verifica, terá o garante de proceder à entrega das unidades monetárias.

Com a obrigação de entrega não se pretende aumentar o leque de casos em que o beneficiário da garantia conhece direito ao pagamento do montante garantido (permanecendo, esses casos, limitados àqueles em que a solicitação conhece fundamento material) mas apenas os casos em que tem direito à entrega da soma objeto da garantia.

Entendemos, com alguns autores<sup>80</sup>, que nos casos em que não se mantenha uma incerteza sobre a pertinência da solicitação e a falta de fundamento material da solicitação se revele evidente, não deverá admitir-se a continuação da vinculação do garante à obrigação de entrega que nasce com a interpelação do banco por parte do beneficiário. O contrário seria conferir ao beneficiário da garantia uma *atribuição patrimonial adicional* que não foi desejada pelas partes.

Deste modo, as situações de certeza e evidência da não verificação do fundamento material da solicitação ultrapassam a finalidade que se quer prosseguir com a assunção da obrigação derivada da cláusula de pagamento à primeira solicitação (cobrir a incerteza da verificação do fundamento material da solicitação). Cobrir os casos de evidente não verificação do fundamento material da solicitação “violaria os limites impostos pela função económico-social do direito à entrega das unidades monetárias”<sup>81</sup>.

Assume-se a função económico-social do direito<sup>82</sup> como um dos princípios fundamentais do sistema jurídico e a sua violação consubstancia, entendemos, um

---

<sup>80</sup> MIGUEL BRITO BASTOS, *op. cit.*, p. 544 e CLÁUDIA TRINDADE, *op. cit.*, p. 69.

<sup>81</sup> CLÁUDIA TRINDADE, *op. cit.*, p. 70.

<sup>82</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil, op. cit.*, pp. 1231-1232 não reconhece a função económico-social do direito nem os bons costumes como critérios de aferição do abuso de direito e reconduz o inadmissível exercício das posições jurídicas à disfuncionalidade da conduta face ao princípio

exercício inadmissível de uma posição jurídica, à luz do art. 334.º - há uma contradição, no fundo, entre a função do direito à entrega do montante garantido e a conduta do beneficiário da garantia: o exercício do direito, por preterir a função deste último, é disfuncional<sup>83</sup>.

Sendo o exercício do direito de crédito correlativo à obrigação de entrega do montante garantido disfuncional quando equacionada a função económico-social, o exercício é proibido e deverá ser paralisado. Assim, quando não se tenha verificado o fundamento material da solicitação – nos casos em que essa falta seja evidente – entendemos lícita a recusa de o banco em cumprir a sua obrigação de entrega da soma objeto de garantia – o direito correlativo a esta obrigação, embora existente e vencido com a solicitação, não produz os seus efeitos e é eficaz.

Dito de outro modo, quando se afigurar evidente que não se verifica o fundamento material, consubstancia a solicitação de entrega do montante garantido um exercício abusivo do direito à entrega das unidades monetárias, pois, nessa situação, não se trata de uma entrega mas, sim, de um verdadeiro *pagamento* suplementar. Poderá, assim, o garante, invocar contra o beneficiário a exceção de abuso do direito (art. 334.º) como válida exceção ao cumprimento, devendo ser paralisado o exercício do direito subjetivo do beneficiário originado pela inserção de uma cláusula de pagamento *on first demand*, dada a contrariedade ao fim económico-social desse mesmo direito (e ao princípio da materialidade subjacente).

### 6.2.1. *Limites à invocação do abuso do direito de crédito do beneficiário*

#### 6.2.1.1. Revisão literária e análise jurisprudencial

---

da boa fé, concretizado nos seus subprincípios materialidade subjacente e tutela da confiança. Entendemos, contudo, com CLÁUDIA TRINDADE, op. cit., p.70, que, neste caso, “o princípio da materialidade subjacente é absorvido pela função económico-social do direito – e não o contrário – já que a conformidade da conduta com aquele princípio depende da sua consonância com esta função”. Dito de outro modo, se for o exercício do direito à entrega contrário à função económico-social, será também contrário ao princípio da materialidade subjacente uma vez que a conformidade material da conduta dependerá do seu respeito pela função atribuída ao direito pelo ordenamento jurídico.

<sup>83</sup>Tal como no exercício abusivo do direito ao pagamento, o exercício inadmissível do direito à entrega do montante garantido não implica a violação de uma norma jurídica que imponha um dever ou proíba uma conduta. O prolema da (in)certeza da falta de fundamento material da solicitação situa-se ao nível dos limites ao direito e não dos limites do direito. Não concordamos, assim, com o apregoado no Ac. do STJ de 12/09/2006 (Sebastião Póvoas) – acórdão no qual se relaciona abuso de direito com “quebra, por parte do beneficiário, dos deveres acessórios de conduta como a boa fé”.

Procurámos, neste ponto, aferir o modo como têm a doutrina maioritária e a jurisprudência respondido às seguintes questões: qual a fundamentação dos limites à invocação do abuso de direito, isto é, qual a natureza da evidência da falta de fundamento material da solicitação? Exigir-se-á, como aponta a maioria da doutrina, para que seja o abuso considerado “abuso evidente”, prova pronta e líquida? Será compatível essa exigência de prova pronta e líquida com o regime probatório geral?

FERRER CORREIA<sup>84</sup>, afirmando que em sede de execução de garantia automática valerão sempre os princípios gerais da boa-fé e do abuso do direito, ressalvando que “o apelo ao segundo daqueles princípios” só permitirá ao garante recusar o pagamento à primeira solicitação nos dois casos seguintes: 1.º - se existirem condições que permitam provar cabalmente que o beneficiário exige o pagamento apesar de saber que não se verificou incumprimento contratual algum (por exemplo, o beneficiário ter sido já satisfeito pelo principal obrigado, ainda que através de uma dação em cumprimento); 2.º - sendo difícil ao banco provar de modo cabal que o beneficiário não ignora que o pagamento não é devido, entende o Autor que a não verificação do evento é um facto, por si, evidente ou notório. Parece ser do entendimento deste autor que o garante apenas poderá opor ao credor a exceção de ter sido o crédito garantido considerado inexistente por sentença com transito em julgado.

CALVÃO DA SILVA<sup>85</sup> exige, para que seja a lícita a recusa do garante em entregar ao beneficiário o montante garantido, que esteja aquele em posse de uma prova “líquida, uma prova qualificada, segura e inequívoca da conduta fraudulenta ou abusiva do credor, que a doutrina maioritária requer documental” estando o dador da ordem obrigado a fornecer essa prova ao banco.

No mesmo sentido, entendem ALMEIDA COSTA e PINTO MONTEIRO<sup>86</sup> que se estará perante um caso de “fraude manifesta”, de “abuso evidente” por parte do beneficiário, “quando o abuso ou a fraude do beneficiário forem, desde logo, inequívocos”. Nesses casos, entendem estes Autores que o banco, tendo em seu poder prova “líquida e inequívoca da má-fé patente, da fraude evidente, clara, sem contestação, a tal ponto que o abuso do beneficiário fere a vista” poderá e deverá recusar-se a pagar a soma objeto de garantia ao beneficiário. Estes autores<sup>87</sup>, citando uma decisão estrangeira

---

<sup>84</sup> FERRER CORREIA, op. cit., p. 257.

<sup>85</sup> CALVÃO DA SILVA, op. cit., p. 343-344.

<sup>86</sup> ALMEIDA COSTA/A. PINTO MONTEIRO, op. cit. p. 22.

<sup>87</sup> ALMEIDA COSTA/A. PINTO MONTEIRO, op. cit., p. 27.

afirmam que “não há abuso ou fraude manifestos (...) «se se mostra necessário, para estabelecer a má fé do beneficiário, requerer a produção de provas suplementas, de proceder a medidas de instrução ou de chamar terceiros à causa”.

MÓNICA JARDIM<sup>88</sup> entende que deverá o garante ter em sua posse prova pronta e líquida de que a solicitação do beneficiário é abusiva para que se considere lícita a sua recusa em entregar a soma objeto da garantia (decorrendo para o garante, enquanto mandatário do dador da ordem, um verdadeiro dever jurídico de proceder a essa mesma recusa). Para MÓNICA JARDIM, a prova será líquida e inequívoca quando permita a perceção segura e imediata do abuso ou da fraude, isto é, quando os torna óbvios e será pronta quando não se mostrar necessário requerer a produção de provas suplementares, proceder a medidas de instrução ou ouvir terceiros a fim de estabelecer o abuso ou a fraude do beneficiário. Corresponderá, a seu ver, à apresentação de prova documental, nomeadamente sentença transitada em julgado. Em síntese, esta Autora entende que o caráter não fundado da solicitação deve ser claro e não contestável fazendo-se depender a possibilidade de invocação do abuso de direito da apresentação de prova pronta e líquida

SIMÕES PATRÍCIO<sup>89</sup> afirma a necessidade - a fim de ser levantada a autonomia da garantia – de existência de prova líquida de um comportamento abusivo do beneficiário, como por exemplo a “afirmação do beneficiário de que a mercadoria não chegou, dispondo, porém, o garante dos documentos de consignação ou, na garantia de reembolso, o facto de o garante poder demonstrar a restituição pelo mandante da quantia adiantada”.

MANUEL CASTELO BRANCO<sup>90</sup>, num sentido semelhante ao defendido pelos autores acima referidos, entende que a recusa, para ser considerada lícita, carece de prova documental que não ofereça a menor dúvida sobre a existência de fraude.

FÁTIMA GOMES<sup>91</sup> entende como admissível a possibilidade de recusa, por parte do garante, de entrega das unidades monetárias acordadas a título de garantia ao beneficiário da garantia se e só se aquele primeiro dispuser de prova líquida (prova inequívoca e imediata) de que o pressuposto determinante da sua responsabilidade não se verifica, “sobretudo prova documental”.

---

<sup>88</sup> MÓNICA JARDIM, op. cit., p. 291.

<sup>89</sup> SIMÕES PATRÍCIO, op. cit., p. 710.

<sup>90</sup> MANUEL CASTELO BRANCO, op. cit., pp. 79-80.

<sup>91</sup> FÁTIMA GOMES, op. cit., p. 180.

ALEXANDRE MOTA PINTO<sup>92</sup> entende que a maior exigência no que concerne ao resultado probatório (a seu ver, é necessário que seja a demonstração efetiva do abuso “líquida”, “inequívoca” ou irrefutável, demonstrando o mandante em termos muito próximos da certeza a veracidade da sua afirmação de que o pedido de execução da garantia é abusivo) refletir-se-á nos meios de prova que o tribunal deve aceitar. A seu ver, estes meios de prova “de acordo com a doutrina dominante, devem restringir-se à maior certeza da prova documental” e o tribunal poderá, ainda, formar a sua convicção com base em factos notórios (art. 412.º, n.º1 do C.P.C). Parece ao Autor que, em princípio, “o tribunal não deve aceitar outros meios de prova, nomeadamente, prova pericial ou testemunhal” pois se o abuso for realmente evidente não devem ser necessários outros meios de prova. Em todo o caso, em situações em que os factos relevantes do abuso assumirem contornos mais complexos (por exemplo, em situações de extorsão ou de burla) entende o Autor que não deve “excluir-se *a priori* a possibilidade de recurso a prova testemunhal e pericial, como meio de complementar e confirmar a prova documental”. Também MIGUEL BRITO BASTOS<sup>93</sup> defende a admissibilidade da prova testemunhal e pericial sob pena de passarem em branco os abusos mais censuráveis, por serem mais requintados e ocultados.

Como pudemos constatar, a tese mais difundida a nível nacional (e “nos ordenamentos continentais”<sup>94</sup>) em sede de determinação dos critérios de aferição da evidência do abuso (leia-se, critérios de aferição da não verificação dos pressupostos que atribuem ao beneficiário o direito ao cumprimento da obrigação de garantia ou critérios de aferição da ausência de fundamento material da solicitação) vê na necessidade de evidência uma restrição dos meios de prova a que o garante poderá recorrer para demonstrar a falta de cabimento material da pretensão do beneficiário. Concretiza-se esta restrição dos meios de prova admissíveis, como pudemos ver, na exigência de que o garante demonstre a tal ausência de fundamento material da solicitação exclusivamente através de “provas líquidas”.

Esta tese tem sido abraçada não apenas no seio doutrinal pátrio como também tem sido fortemente acolhida pelos tribunais superiores portugueses. Vejam-se os Acórdãos do STJ de 21/04/2010 (Maria dos Prazeres Pizarro Beleza), de 14-10-2004 (Araújo

---

<sup>92</sup> ALEXANDRE MOTA PINTO, op. cit., p.241.

<sup>93</sup> MIGUEL BRITO BASTOS, op. cit., p. 549.

<sup>94</sup> Assim informa MIGUEL BRITO BASTOS, op. cit., p. 547.

Barros), de 28-09-2006 (Afonso Coreia), de 22-03-2007 (Silva Salazar), de 30/10/2002 (Joaquim de Matos) nos quais se afirma que a possibilidade de invocação do abuso de direito depende de “prova pronta e líquida” da falta de fundamento material da solicitação. No Ac. de 23/03/1995 (Miranda Gusmão) é referida a necessidade de “provas inequívocas de abuso evidente”. O mesmo acolhimento desta tese é feito pelos Tribunais da Relação – veja-se, por exemplo, o Ac. TRP de 02-10-2008 (Deolinda Varão) ou de 04-11-2008 (Cândido Lemos) ou, ainda, o Ac. TRL de 12-11-1998 (Evangelista Araújo).

Questão altamente controvertida é a de saber o que se entende por “meios de prova líquidos”, tratando-se, aliás, de um conceito que o Código de Processo Civil desconhece e ao qual apenas se recorre neste contexto. Alguns autores<sup>95</sup> defendem que a prova líquida é exclusivamente a prova documental, “outros admitem, ainda, a prova pericial” debatendo-se “acerca da liquidez da prova testemunhal e da possibilidade de valoração dos depoimentos das partes”<sup>96</sup>. Informa, ainda, MIGUEL BRITO BASTOS que alguns autores admitem apenas ser admissível o recurso pelo garante a provas pré-constituídas.<sup>97</sup>

Podemos, portanto, concluir, que a evidência do abuso é comumente identificada doutrinária e jurisprudencialmente, por um lado, com uma restrição aos meios probatórios<sup>98</sup> (leia-se, com a escolha dos meios de “prova pronta e líquida” como os únicos admissíveis na prova do abuso do direito de crédito do beneficiário da garantia) e, por outro, como uma alteração da medida da prova, ou seja, da força probatória dos meios admissíveis (enumerando, a doutrina maioritária, como já vimos, como prova pronta e líquida o documento, nomeadamente a sentença transitada em julgado que é um documento autêntico, uma vez que é exarada pelos Tribunais nos limites da sua competência – art. 363.º, n.º2. 1.ª parte do CC). Entendem que só assim se respeita o fim de liquidez da garantia autónoma à primeira solicitação pois só assim se permitirá ao beneficiário uma rápida obtenção da soma de garantia – entendem, portanto, que a admissão de todos os

---

<sup>95</sup> Nomeadamente, GALVÃO TELLES, op. cit., p. 32 afirmando que para ser “patente”, a má fé deve “decorrer com absoluta segurança de prova documental” (também o mesmo autor, GALVÃO TELLES, *Garantia Bancária Autónoma*, ROA, III-IV (120), 1998, p.600.

<sup>96</sup> MIGUEL BRITO BASTOS, op. cit. 547, apoiando-se nos escritos do autor grego VAGIAS PANAGIOTOPOULOS (que admite a prova testemunhal como “prova líquida”) e de STEFAN ARNOLD (que admite a prova pericial mas já não admite a prova testemunhal como “prova líquida).

<sup>97</sup> MIGUEL BRITO BASTOS, op. cit., p. 547.

<sup>98</sup> Identificando a evidência com uma restrição probatória, veja-se, de novo, por exemplo, MÓNICA JARDIM, op. cit., p. 596-600 e JORGE DUARTE PINHEIRO, “Garantia Bancária Autónoma” in *Revista da Ordem dos Advogados*, 52, 1992, p. 444 e ss.

meios de prova na demonstração da evidência da falta de fundamento material tornaria a oposição à solicitação *on first demand* demasiado fácil, “comprometendo as funções de aceleração da satisfação do interesse económico do beneficiário, de atribuição de liquidez à garantia e de segurança no comércio internacional, acabando por levar à perda da utilidade económica das garantias autónomas à primeira solicitação”<sup>99</sup>. Além deste *argumento de utilidade*, alega-se frequentemente, também, que admitir todos os meios de prova na demonstração do exercício abusivo seria permitir ao garante esquivar-se ao carácter imediato da prestação (pois este tem a obrigação de entregar as unidades monetárias imediatamente)<sup>100</sup>

Antecipando a posição por nós adotada e o que a seguir se defenderá, entendemos que, por um lado, no que diz respeito ao argumento da perda de utilidade económica da garantia autónoma *on first demand*, não se afigura sensato defender uma utilidade económica absoluta, em derrogação de limites impostos, de modo imperativo, pela proibição do abuso de direito. Aqui, entendemos com CLÁUDIA TRINDADE, que “a utilidade económica da prestação autónoma *on first demand* apenas releva até ao ponto em que o direito resultante da cláusula de pagamento à primeira solicitação seja exercido de forma contrária às exigências do sistema”.<sup>101</sup> Por outro lado, contrapomos ao segundo argumento – o argumento de que o garante, se admitidos todos os meios probatórios na prova do abuso, poderia esquivar-se ao carácter imediato da prestação – o facto de uma restrição probatória poder dificultar gravemente a sua demonstração o que poderá, em certos casos, possibilitar ao beneficiário esquivar-se à paralisação do exercício abusivo do seu direito (o que implica um efeito semelhante ao afastamento da invocação da exceção).

#### 6.2.1.2. Posição adotada

Entendemos, com MIGUEL BRITO BASTOS<sup>102</sup> e CLÁUDIA TRINDADE<sup>103</sup>, que o apelo, preconizado pela doutrina maioritária, às citadas derrogações do regime probatório geral esbarra em sólidos contra-argumentos.

---

<sup>99</sup> CLÁUDIA TRINDADE, op. cit., p. 75.

<sup>100</sup> Assim entende FLUVIO MASTROPAOLO, *apud* CLÁUDIA TRINDADE, op. cit., p.75.

<sup>101</sup> *Cfr.* CLÁUDIA TRINDADE, op. cit., p. 76.

<sup>102</sup> *Vide* MIGUEL BRITO BASTOS, op. cit., pp. 546-551.

<sup>103</sup> *Cfr.* CLÁUDIA TRINDADE, op. cit., pp. 73-89.

α) Como se afirmou até então, tem-se identificado, comumente, a evidência da ausência de fundamento material da solicitação com uma restrição probatória ao nível dos meios de prova admissíveis na demonstração do abuso e da força probatória desses meios. Tem-se entendido, conseqüentemente, sem grande indagação, como uma questão-de-facto<sup>104</sup> a evidência da falta de fundamento material da solicitação.

Entendemos, desde logo, e na esteira do pensamento dos Autores<sup>105</sup> referidos inicialmente, que a qualificação da evidência do abuso de direito como uma restrição probatória assenta numa invulgar confusão entre o “preenchimento da previsão normativa do abuso e a demonstração desse preenchimento”<sup>106</sup>. Uma coisa são os limites que o fim económico-social do direito coloca ao exercício de uma posição jurídica (e que, ultrapassados, fazem do exercício do direito inadmissível) – aqui, estar-se-á no campo dos pressupostos que deverão estar verificados para que exista o abuso, isto é, encontrar-nos-emos ao nível do preenchimento da previsão normativa; coisa distinta é a demonstração de que determinada situação esbarra nos limites impostos pelo fim do direito – algo que é relativo à prova desse abuso, isto é, à demonstração do preenchimento dessa mesma previsão.

O que consideramos estar em causa<sup>107</sup> é saber se da aplicação do Direito aos factos que demonstram a evidência da falta de fundamento material da solicitação resulta uma solução jurídica evidente<sup>108</sup> e não que meios poderão ou não ser utilizados para provar esses factos. Assim, será evidente a ausência de cabimento material da solicitação quando, da aplicação do Direito aos factos provados, apenas se puder concluir que a solicitação é materialmente infundada – nestes casos, sendo evidente o carácter materialmente

---

<sup>104</sup> Relembre-se, com ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*, “Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra”, Coimbra Editora, Coimbra, 1993, pp. 163-165, que a questão-de-facto é respeitante “à determinação do âmbito de relevância jurídica a reconhecer à situação histórico-concreta problemática e à compensação dos elementos específicos dessa relevância e dos seus efeitos” ao passo que a questão-de-direito se refere “à determinação do critério jurídico que haverá de orientar, e concorrer para fundamentar, a solução jurídica do caso decidendo e o próprio juízo concreto que há-de decidir esse caso”.

<sup>105</sup> CLÁUDIA TRINDADE, op. cit., p. 77-80 e MIGUEL BRITO BASTOS, p. 549-550.

<sup>106</sup> CLÁUDIA TRINDADE, op. cit., p.77.

<sup>107</sup> Também neste sentido, CLÁUDIA TRINDADE, op. cit., p.78.

<sup>108</sup> Com CLÁUDIA TRINDADE, entendemos que uma solução jurídica será evidente se “dos factos provados resultar uma e uma só solução jurídica e se os factos provados só puderem ser qualificados de uma forma, nos termos de uma norma jurídica”, ou seja, “a solução é evidente quando não resta margem de dúvida sobre a qualificação jurídica dos factos e sobre a forma de decisão do caso”. Cfr. CLÁUDIA TRINDADE, op. cit., pp. 78-79 e para compreender melhor em que se baseia esta construção que a Autora apresenta, baseada num paralelismo entre as soluções jurídicas evidentes e não evidentes e os *soft cases* e *hard cases* do Direito anglo-saxónico, cfr. a nota (66), p. 79.

infundado da solicitação, o exercício do direito do beneficiário da garantia tem-se como exercido de forma abusiva. De outro modo, se dessa aplicação resultar discutível a qualificação jurídica dos factos e puder o caso ser decidido de mais que uma forma, não sendo nenhuma das soluções possíveis evidentes, falta a evidência da ausência de cabimento material da solicitação e o beneficiário exerce o seu direito dentro dos limites impostos pelo fim económico-social do direito.

Posicionamo-nos ao lado de CLÁUDIA TRINDADE<sup>109</sup> e MIGUEL BRITO BASTOS<sup>110</sup> ao defender que ao nível do litígio processual, o garante ou o devedor-ordenante poderão apresentar todos os meios probatórios que permitam demonstrar os factos que sustentam a ausência de fundamento material da solicitação e a evidência da mesma, sejam eles documentos, testemunhos ou outro meio probatório. O juiz indagará, uma vez dado como provado um conjunto de factos, não só da falta de cabimento material da solicitação como também da sua evidência, isto é, verificará se da aplicação do Direito aos factos provados resulta ou não resulta, de forma clara, que a solicitação era, efetivamente, materialmente infundada.

Entendemos, assim, com MIGUEL BRITO BASTOS<sup>111</sup> (apoiando-se, aqui, este Autor, em PETER MÜLBERT e PETER BYDLINKSKI<sup>112</sup>) que a evidência da falta de fundamento material necessária a que a solicitação do beneficiário seja abusiva por contrariedade ao fim do económico-social do direito à entrega das unidades monetárias não terá portanto nada que ver com questões de facto. O Autor adverte, com razão, que a posição inversa poderá, aliás, levar a “resultados facilmente consideráveis como absurdos”, dando o exemplo da condenação do garante em indemnização por incumprimento da obrigação decorrente da cláusula de pagamento *on first demand* quando, sendo a falta de fundamento material da solicitação do garante evidente para qualquer pessoa com um conhecimento superficial da execução da operação de base, o garante não esteja, por não dispor de provas líquidas, “em condições de provar essa falta de cabimento material no momento em que recusa a prestação mas o consiga demonstrar posteriormente quando se discute o incumprimento definitivo das suas obrigações”. Consideramos que a evidência constitutiva do carácter abusivo do exercício do direito

---

<sup>109</sup> CLÁUDIA TRINDADE, op. cit., p. 78.

<sup>110</sup> MIGUEL BRITO BASTOS, op. cit., p. 550.

<sup>111</sup> MIGUEL BRITO BASTOS, op. cit., pp. 549-550.

<sup>112</sup> MIGUEL BRITO BASTOS, op. cit., p. 550, nota (99).

decorrente da oposição de uma cláusula de pagamento à primeira solicitação é uma evidência exclusivamente relativa a questões de direito.

Em síntese, entendemos que a evidência da falta de fundamento material da solicitação coloca-se como um problema de valoração, relativo à clareza da solução jurídica – sendo, portanto, qualificável como uma questão-de-direito. A evidência não se identificará, portanto, com a exigência de prova pronta e líquida pois esta última assume-se já como um problema de demonstração dos factos que sustentam a evidência, leia-se, uma questão-de-facto. A evidência é um pressuposto normativo do abuso de direito do beneficiário, ao passo que a prova pronta e líquida é um meio de demonstração dos factos que se subsumem à previsão normativa do direito. Considerar a exigência de prova pronta e líquida como um pressuposto normativo do abuso de direito do beneficiário “seria acrescentar um elemento à previsão normativa do abuso de direito de crédito do beneficiário, descaracterizando o instituto e levando, no limite, a afastar o mesmo como fundamento da oposição à solicitação”<sup>113</sup>.

Note-se, também, que é a falta de fundamento material da solicitação que é ou não evidente e não o próprio abuso de direito. Havendo evidência da falta de fundamento, haverá abuso do direito do beneficiário.<sup>114</sup>

**β)** Em segundo lugar, não encontramos qualquer norma de onde se retire a exigência de uma suscetibilidade de demonstração de certos factos ou situações através de “provas líquidas” (a este propósito, PETER BYDLINSKI afirma que “deve simplesmente deixar-se cair a exigência da suscetibilidade de prova líquida – ou seja lá como é chamada – a qual não encontra qualquer apoio legal!”<sup>115</sup>). Para além de notarmos que a exigência de prova pronta e líquida se assume como uma restrição probatória desconhecida no direito processual civil português, não se encontrando nem no CPC nem no CC qualquer preceito normativo que restrinja os meios de prova a prova pronta e líquida, julgamos, também, que é incompatível essa exigência com o regime probatório geral.

---

<sup>113</sup> CLÁUDIA TRINDADE, op. cit., p. 81.

<sup>114</sup> Esta confusão entre o caráter manifesto do abuso e a evidência da ausência de cabimento material da solicitação advirá, eventualmente, como equaciona CLÁUDIA TRINDADE, do facto de o preceito normativo geral relativo ao abuso de direito (artigo 334.º) conter a expressão “exceda manifestamente os limites impostos” – cfr. CLÁUDIA TRINDADE, op. cit. p.81 -.

<sup>115</sup> Assim, PETER BYDLINSKI *apud* MIGUEL BRITO BASTOS, op.cit., p. 548.

No nosso entendimento (e no de outros Autores<sup>116</sup> também) é, portanto, uma exigência, propugnada pela jurisprudência e pela doutrina majoritária somente na área da garantia autónoma *on first demand* e sem qualquer preceito normativo geral ou especial que a suporte ou alicerce.

Não existe qualquer norma probatória geral ou específica da garantia autónoma que admita apenas o documento ou a sentença transitada em julgado, excluindo todos os restantes, pelo que, ao identificar a evidência da falta de fundamento material da solicitação com a exigência de prova pronta e líquida, entendida como prova documental ou sentença transitada em julgado, afasta-se, sem qualquer apoio legal, todos os restantes meios probatórios, mesmo aqueles admitidos por lei<sup>117</sup>.

Para além do acima referido, entendemos, com CLÁUDIA TRINDADE<sup>118</sup>, que “a exigência de prova pronta e líquida cria uma hierarquização do valor dos meios de prova, ou seja da sua força probatória, diferente da determinada pela lei”.<sup>119</sup> Como nota a Autora, legalmente o documento particular assinado<sup>120</sup> (art. 363.º, n.º2, *in fine*) e o documento particular autenticado (artigo 363.º, n.º3) têm um valor probatório material de prova plena<sup>121</sup> (artigo 376.º, n.º 1 e artigos 377.º e 371.º, respetivamente), podendo ser ilididas através de prova em contrário. Ora, com a restrição probatória criada a nível doutrinário e jurisprudencial, passam a sentença transitada em julgado e quaisquer outros documentos a ser considerados prova líquida. Sendo a prova líquida entendida, como também já se referiu, como a prova que afasta a necessidade de produção de outras provas

---

<sup>116</sup> CLÁUDIA TRINDADE, *op. cit.*, p. 83 e MIGUEL BRITO BASTOS, p. 548

<sup>117</sup> Segundo o art. 345.º, n.º2 serão admissíveis todos os meios de prova não proibidos pela lei, nomeadamente meios de prova atípicos (não regulamentados pela lei processual). Poderá haver lugar a um contrato probatório que estipule meios probatórios diversos dos legais (desde que o litígio não seja sobre um direito indisponível e a admissão do meio atípico não dificulte especialmente o exercício de um direito a uma das partes). A apresentação de meios de prova atípicos é perfeitamente compatível com as regras probatórias alicerçantes do processo civil: basta que os meios de prova sejam livremente apreciados pelo juiz (art. 655.º do CPC) (terão valor de prova livre uma vez que o seu valor probatório não se encontra estabelecido por lei).

<sup>118</sup> CLÁUDIA TRINDADE, *op. cit.*, p. 84.

<sup>119</sup> Relembremos, com ANA PRATA que a força probatória se refere ao “grau de certeza com que as provas demonstram a realidade dos factos a que se referem, isto é, a eficácia de um meio de prova”. Cfr. ANA PRATA, *Dicionário Jurídico*, I, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2008, p. 682 e também MIGUEL TEIXEIRA SOUSA, *A livre apreciação da Prova em Processo Civil in “Scientia Iuridica” – Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, Tomo XXXIII, n.ºs 187-188, Livraria Cruz, Braga, Janeiro-Abril de 1984, p. 9.

<sup>120</sup> Não nos esqueçamos que nos termos do art. 363.º, n.º2, 1ª parte, a sentença transitada em julgado é um documento autêntico.

<sup>121</sup> Um meio probatório poderá ter valor legal de: prova bastante, só podendo ser contrariado por meio de contra-prova (art. 346.º), a qual torna duvidosa ou incerta a realidade do facto; prova plena, apenas cedendo perante prova do contrário (art. 347.º), isto é, perante prova de que o facto não é verdadeiro; prova pleníssima, a qual não cede nem perante contraprova nem perante prova do contrário.

no acerto de um direito, é-lhe atribuído o valor de prova pleníssima, afastando-se a possibilidade de esta ser ilidida através de contraprova ou prova do contrário. Podemos, assim, concluir, que “é atribuído à prova documental que se destine a demonstrar os factos que sustentam a evidência da falta de caso material de garantia um valor probatório diferente daquele que é normativamente estabelecido pela lei”.<sup>122</sup>

Por fim, consideramos que a restrição dos meios de prova admissíveis se assume como uma restrição do direito fundamental à prova, corolário do direito fundamental de acesso ao direito (nos termos dos artigos 20.º, n.º1 e 4 da CRP) e, por isso, análogo aos direitos, liberdades e garantias (artigo 17.º da CRP)<sup>123</sup>. Sabemos que as restrições aos direitos, liberdades e garantias só poderão ser realizadas nos casos previstos na CRP<sup>124</sup> e apenas na estrita medida necessária a salvaguardar outros direitos ou interesses fundamentais. Entendemos que “a salvaguarda da utilidade económica da garantia autónoma à primeira solicitação não é um interesse constitucionalmente protegido nem pode considerar-se implícito em qualquer direito ou interesse com proteção constitucional ou fundando num princípio constitucional paralelo aos que alicerçam as restrições expressas”.<sup>125</sup>

Mesmo que uma tal restrição do direito à prova fosse materialmente admissível, porque estamos perante matéria sujeita à reserva relativa da Assembleia da República (art. 165.º, n.º, al.b) e art. 17.º da CRP), só poderia ser realizada através de lei geral e abstrata, no caso Lei ou Decreto-Lei<sup>126</sup>: ficará, portanto, excluída, neste campo, não somente a produção legislativa do Governo não autorizada pela Assembleia da República, mas ainda a regulação por qualquer fonte que não atos legislativos. Assim, se fosse materialmente admissível, tal restrição do direito à prova poderia ser conduzida pela Assembleia da República ou pelo Governo – devidamente autorizado – mas nunca pelos Tribunais<sup>127</sup>.

---

<sup>122</sup> CLÁUDIA TRINDADE, op. cit., p.87.

<sup>123</sup> GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2018, pp. 724 ss.

<sup>124</sup> Veja-se, aqui, JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*. Direitos Fundamentais, IV. 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 372.

<sup>125</sup> CLÁUDIA TRINDADE, op. cit., p. 88.

<sup>126</sup> GOMES CANOTILHO, op. cit., p. 724 ss.

<sup>127</sup> Os Tribunais, em virtude do próprio princípio da sujeição dos Tribunais à lei, não poderão nem extrapolar a força probatória abstrata dos documentos a partir da sua força probatória concreta nem alterar o valor probatório legalmente estabelecido para os documentos.

γ) Entendemos que a identificação da evidência da ausência de cabimento material da solicitação com a exigência de prova pronta e líquida não resulta de um aprofundado estudo da garantia autónoma *on first demand* mas sim, e antes pelo contrário, de uma não verificação de suficiente dogmatização da figura em apreço.<sup>128</sup> Consideramos que a exigência de prova pronta e líquida surgiu, precisamente, para, perante a insuficiência dogmática da figura, evitar que o abuso do direito do beneficiário fosse invocado demasiadas vezes pelo garante, banalizando-se a recusa de cumprimento (fincando comprometidas as finalidades de celeridade e liquidez da cláusula de pagamento à primeira solicitação). A exigência de prova pronta e líquida foi introduzida, indubitavelmente, para garantir a utilidade económica e a segurança jurídica da garantia automática, porém tal foi levado a cabo pela maioria da doutrina e pela jurisprudência “sem que se procedesse a uma concomitante análise dogmática da figura que permitisse avaliar da admissibilidade e utilidade daquela restrição probatória, bem como dos efeitos prejudiciais”<sup>129</sup>.

---

<sup>128</sup> Referindo, precisamente, a “indefinição dogmática da figura” vide FRANCISCO CORTEZ, op. cit., 517.

<sup>129</sup> CLÁUDIA TRINDADE, op. cit., p. 103.

## CONCLUSÃO

Concluimos que, verificando-se o caso material de garantia, isto é, frustrando-se o interesse económico do credor-beneficiário, o pagamento da soma objeto da garantia deve ser recusado se se revelar um exercício abusivo do direito de crédito do beneficiário, por contrariedade à boa-fé enquanto expressão de uma justa composição de interesses entre o garante e o beneficiário da garantia. Assim, na garantia autónoma simples, o garante apenas terá de pagar a soma objeto da garantia se, cumulativamente: a obrigação de garantia existir; se verificar o caso material de garantia; o exercício do direito à excussão da garantia não for abusivo.

Distinguimos automaticidade de autonomia e, conseqüentemente, concluimos que o direito que se baseia no contrato de garantia (o qual nasce com a verificação do caso material de garantia e se vence com a solicitação) é distinto do direito do beneficiário emergente da cláusula à primeira solicitação: a cláusula de pagamento automático cria um direito à entrega do montante garantido na esfera jurídica do beneficiário, mas não um direito à sua retenção na mesma.

Pareceu-nos, também, que, quando esse exercício se revelar contrário ao fim económico-social do direito e ao princípio da materialidade subjacente, a evidência da falta de fundamento material da solicitação paralisa o exercício do abuso do direito de crédito do beneficiário resultante da cláusula *on first demand*.

Como se averiguou, a evidência da falta de fundamento material da solicitação tem sido identificada com uma restrição probatória ao nível dos meios de prova admissíveis na demonstração do abuso e da força probatória desses meios. Consideramos que essa evidência é apenas referente a questões-de-direito e a aposição de uma cláusula de pagamento à primeira solicitação não conhece qualquer consequência a nível probatório, nomeadamente, não devendo restringir os meios de prova disponíveis ao garante nem alterando a medida exigida para a prova da ausência de cabimento material da solicitação feita pelo beneficiário.

Concluimos, por fim, que, salvo melhor entendimento, além de materialmente inconstitucional, a restrição da prova dos factos que demonstram a evidência da não verificação do fundamento material da solicitação é formal e organicamente

inconstitucional<sup>130</sup> e é uma restrição que resulta não de um profundo estudo da garantia automática mas antes de uma ausência de suficiente dogmatização da figura jurídica em apreço.

---

<sup>130</sup> Precisamente neste sentido, também CLÁUDIA TRINDADE op. cit., p. 88.

## BIBLIOGRAFIA

BASTOS, Miguel Brito – “A recusa lícita da prestação pelo garante na garantia autónoma on first demand”, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia, Vol. III, Coimbra Editora (2010), pp. 525 a 555

BRANCO, Manuel Castelo – “A garantia bancária autónoma no âmbito das garantias especiais das obrigações”, Revista da Ordem dos Advogados (1993), 53, pp. 61 a 83

CANOTILHO, José Joaquim Gomes – “*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*”, 7.<sup>a</sup> ed., Coimbra, Almedina (2018)

CORDEIRO, António Menezes – “Da boa fé no Direito Civil”, vol. I e II, Coimbra, Almedina (1985)

CORDEIRO, António Menezes – “Direito Bancário”, 6.<sup>a</sup> ed., Coimbra, Almedina (2016)

CORDEIRO, António Menezes – “Tratado de Direito Civil Português”, Parte Geral I, Tomo I, 3.<sup>a</sup> ed., Coimbra, Almedina (2005)

CORREIA, António Ferrer – “Notas para o Estudo do Contrato de Garantia Bancária”, Revista de Direito e Economia (1982), VIII, pp. 247 a 258

CORTEZ, Francisco – “A garantia bancária autónoma- alguns problemas”, Revista da Ordem dos Advogados (1992), 52, pp. 513 a 609

COSTA, Mário Júlio de Almeida e António Pinto Monteiro – “Garantias Bancárias. O contrato de garantia à primeira solicitação”, Coletânea de Jurisprudência, XI (1986), T. V, pp. 15 a 34

FRADA, Manuel Carneiro da, - “*Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*”, Coimbra, Almedina (2004).

GOMES, Maria de Fátima Morais – “Garantia bancária autónoma à primeira solicitação”, Direito e Justiça (1994), vol. VIII, tomo 2, pp. 119 a 210

JARDIM, Mónica – “A Garantia Autónoma”, Coimbra, Almedina (2002)

MARTINEZ, Pedro Romano - “Garantias Bancárias”, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles, Vol. II, Direito Bancário, Almedina (2002) pp.265 a 268

NEVES, António Castanheira – “Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais”, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, Coimbra Editora (2013)

PATRÍCIO, José Simões – “Preliminares sobre a Garantia On First Demand”, Revista da Ordem dos Advogados (1983), 43, pp. 677 a 718

PINHEIRO, Jorge Duarte – “Garantia Bancária Autónoma”, Revista da Ordem dos Advogados (1992), 52, pp. 417 a 465

PRATA, Ana – “Dicionário Jurídico”, vol. I, 5.<sup>a</sup> ed., Coimbra, Almedina (2008)

SILVA, João Calvão da – “Garantias Acessórias e Garantias Autónomas”, Estudos de Direito Comercial (Pareceres), Coimbra, Almedina (1996), pp. 331 a 361

SOUSA, Miguel Teixeira de, - “A livre apreciação da prova em processo civil”, Scientia Iuridica – Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro (Abril de 1984), Tomo XXXIII, n<sup>o</sup>s 187-188

TELLES, Inocêncio Galvão – “Garantia Bancária Autónoma”, O Direito, Ano 120 (1988), pp. 275 a 293

TRINDADE, Cláudia – “Limites da autonomia e da automaticidade da garantia autónoma: em especial da prova da falta de fundamento material da solicitação”, Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas, Vol. II, Coimbra Editora (2013), pp. 45 a 103

VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de – “Direito das Garantias”, 3<sup>a</sup> ed., Coimbra, Almedina (2019)

## LISTA DE JURISPRUDÊNCIA

### Supremo Tribunal de Justiça:

- Ac. 23-03-1995 (Miranda Gusmão), Proc. 086426
- Ac. 30-10-2002 (Joaquim de Matos), Proc. 02B2818
- Ac. de 21-11-2002 (Quirino Soares), Proc. 02B3453
- Ac. 14-10-2004 (Araújo Barros), Proc. 04B2883
- Ac. de 12-09-2006 (Sebastião Póvoas), Proc. 06<sup>a</sup>2211
- Ac. 28-09-2006 (Afonso Correia), Proc. 06<sup>a</sup>2412
- Ac. 22-03-2007 (Silva Salazar), Proc. 07A377
- Ac. de 28-06-2007 (Gil Roque), Proc. 07B1964
- Ac. 21-04-2010 (Maria dos Prazeres Pizarro Beleza), Proc. 458/09.2YFLSB
- Ac. 05-07-2012 (Abrantes Geraldês), Proc. 219/06.06TVPRT.P1.S1
- Ac. de 06-03-2014 (Silva Gonçalves), Proc. 20900/01.0TVLSB.L1.S1
- Ac. de 21-06-2018 (Hélder Almeida), Proc. 19051/10.0YYLSB-A.L1.S1

### Tribunal da Relação de Lisboa:

- Ac. de 12-11-1998 (Evangelista Araújo), Proc. 0048756

### Tribunal da Relação do Porto:

- Ac. de 03-10-2000 (Emérico Soares), Proc. 0020907
- Ac. de 02-10-2008 (Deolinda Varão), Proc. 0835046
- Ac. de 04-11-2008 (Cândido Lemos), Proc. 0825539